المركز الديمقراطي العربي
برلين - ألمانيا

تأليف :

د. ميلود بن حوحو

منهجية تحليل النصوص القانونية



2021

منهجية تحليل النصوص القانونية

المركز الديمقراطي العربي برلين - ألمانيا

Democratic Arabic Center Berlin - Germany

Methodology for Analyzing Legal Texts

By:

Dr.Miloud Benhouhou

DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112
http://democraticac.de
TEL: 0049-CODE
030-89005468/030-898999419/030-57348845
MOBILTELEFON: 00491742742787 17

VR . 3383 – 6533 B

الـنـــــــاشـــــــر:

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ألمانيا / برلين

Democratic Arab Center

For Strategic, Political & Economic Studies

Berlin / Germany

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الكتاب : منهجية تحليل النصوص القانونية

اعداد : د. ميلود بن حوحو

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 – 6533. B

الطبعة الأولى

حزيران / يونيو 2021 م

منهجية تحليل النصوص القانونية

Methodology for Analyzing Legal Texts

د. ميلود بن حوحو

Dr.Miloud Benhouhou

إهداء

أهدي هذا العمل إلى روح الراحلة: "نجوى بن حوحو"

التي خطفها الموت منا في عمر الزهور ، سائلا المولى عزوجل أن يتغمدها برحمته ويدخلها فسيح جناته.

راجيا في الوقت نفسه ممن قرأ هذا الكتاب أو استفاد منه أن يدعو لها بواسع الرحمة وعظيم المغفرة.

مقدمة

يقول المثل الألماني: «إذا كانت النهاية صحيحة فهذا يعني أن كل شيء قد جرى على مايرام» بيد أنه من الواضح بالنسبة للعمل العلمي أن أية نهاية جيّدة لا يمكن إلا أن تكون كحصيلة لبداية جيدة بحيث يصح القول: «إذا كانت البداية صحيحة فهذا يعني أن كل شيء سوف يجري على مايرام».

إن الخطوط الأولى في البحث العلمي هي أهم الخطوات على الإطلاق، ذلك أن أي خطأ صغير في البداية يأخذ شكل زاوية تتسع، ويتباعد ضلعاها كلما سار البحث أشواطا أبعد. يقول المثل الشعبي: «إن الخياط الماهر هو من يعيد القياس سبع مرات قبل أن يبدأ القص»[1].

هذا ولا تكون الإنطلاقة صحيحة إلا بالفهم فهو الخطوة الأساس لكل عمل بشري، ولا يمكن تطبيق أي إجراء، في أي مجال، على الطريقة الصحيحة، إلا مع الفهم.

بل إن الخطأ عند بعض الفلاسفة، يساوي عدم الفهم، والفهم يعادل الصواب؛ فمن فهم أجاد وأحسن، ومن لم يفهم أتى بالأرذل من الأمور وأساء[2].

والمنهجية العلمية هي أداة البحث؛ والسبيل الذي به يُتوصل إلى المعرفة الصحيحة. وإذا كان المثل الشهير يقول إن: « العقل السليم في الجسم السليم »، فإنه يمكنني القول ودون تردد أن: « المعرفة العلمية الصحيحة في المنهجية العلمية الصحيحة ».

ومنهجية البحث العلمي لاسيما منها تلك المرتبطة بتحليل النصوص القانونية؛ في نظر كثير من طلبة العلم – وأخص هنا طلبة القانون – هي من أعقد العلوم. ذلك أنها ارتبطت عندهم بانعدام فهم أو بفهم سقيم، غير أنه يمكن جعلها من أيسر العلوم وأبسطها متى اقترن بها الفهم السليم.

ويأتي هذا الكتاب تحت عنوان: "منهجية تحليل النصوص القانونية"؛ ليكون معينا لطلاب العلم في ميدان الحقوق؛ حيث إن التعرف على هذه المنهجية يقوّي من الحس العلمي عند الطالب، ويمنحه

---

(1) عدنان أحمد مسلّم، "أزمة المصطلح في العلوم الإنسانية والاجتماعية"، مجلة المعرفة، العدد 424، وزارة الثقافة، سوريا – دمشق، 1999، ص 36.

(2) محمد بابا عمي، مقاربة في فهم البحث العلمي، الطبعة الأولى، دار وحي القلم، سوريا – دمشق، 2014، ص 07.

القدرة على التفكير بوضوح؛ من خلال التحكم في أدوات منهجية تحليل النص القانوني مهما كان نوعه (قاعدة قانونية، حكم أو قرار قضائي، أو استشارة قانونية).

ولا شك أن التحكم في تلك الأدوات يؤدي إلى فهم المقصود الذي ابتغاه صاحب النص القانونـي؛ سواء كان المشرّع بالنسبة للقاعدة القانونية، أو القاضـي بالنسبة للحكم أو القرار القضائـي، أو السائل وطالب الاستشارة بالنسبة للاستشارة القانـونية. ولربما أدّى الاتباع الجيّد للمنهجية العلمية إلى قدرة الطالب أو الباحث – فضلا عن فهم النص– إلى تفسيره والتعليق عليه ونقده من زاوية نظر قانونية وموضوعية. الأمر الذي يضيف وبلا شك قيمة علمية لعمله البحثي سـواء كان مقالا، أو مذكرة، أو رسالة، أو أطروحة أو كتابا...إلخ.

ولتحقيق الدافع من وراء هذا الكتاب، وهو بيان منهجية تحليل النصوص القانونية. قررت اتباع خطة تتضمن مبحثا تمهيديا يتعلق بتحديد المقصود بمنهجية تحليل النص القانوني، تليه ثلاثة فصول. الأول؛ في منهجية تحليل القاعدة القانونية (نص المادة)، والثاني؛ في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي، والثالث؛ في منهجية تقديم الاستشارة القانونية.

المبحث التمهيدي

تحديد المقصود بمنهجية تحليل النص القانوني

لا خلاف على أهمية البحث العلمي في جميع ميادين المعرفة والعلوم – ومنها العلوم القانونية بطبيعة الحال – كونه وسيلة للابتكار والتطور ومجاراة عجلة التقدم والرقي الفكري والمعرفي ومواكبة متطلبات الحياة الحديثة، فلولا البحث العلمي المتواصل لما استطاع الإنسان حلّ معظم المشكلات التي واجهته؛ ولما استطاع الوصول إلى ما وصل إليه اليوم وما سيصل إليه في الغد. غير أن هذه العملية الشاقة والمضنية تتطلب المنهجية والتنسيق والترتيب وإلا أصبحت مضيعة للجهد والوقت والمال، ولأضحى العدول عنها خيرا من الولوج فيها[1].

وبغية تحديد المقصود بالمنهجية في تحليل النص القانوني؛ لابد من التطرق لمفهوم المنهجية (المطلب الأول)، ومفهوم النص القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم المنهجية

يتطلب تحديد مفهوم المنهجية باعتبارها طريقة للبحث العلمي والتحصيل المعرفي السليم؛ تناول التعريف اللغوي والإصطلاحي للمنهجية (الفرع الأول)، وأهمية المنهجية (الفرع الثاني)، المنهجية (أهدافها وخصائصها) (الفرع الثالث)، تمييز المنهجية عن بعض المصطلحات المشابهة لها (الفرع الرابع).

الفرع الأول

التعريف اللغوي والإصطلاحي للمنهجية

المنهجية في اللغة: من النَّهج والمنهج والمنهاج، والجمع: مناهج. وهو الطريق أو المسلك الواضح المستقيم[2]. ومنه قول الله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[1].

---

[1] أنظر: عادل يوسف الشكري، "كيفية كتابة البحث العلمي القانوني والتعليق على النصوص القانونية والقرارات القضائية"، مجلة الكوفة، العدد 16، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 07.

[2] أنظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، بدون طبعة، مكتبة لبنان، لبنان – بيروت، 1987، ص 240. وأنظر أيضا: ابن المنظور، لسان العرب، بدون طبعة، دار المعارف، مصر – القاهرة، 1981، ص 4554-4555.

أما كلمة (Méthode) في اللغة الأجنبية فأصلها من كلمة (METODOS) اليونانية التي تعني المتابعة والمشتق من كلمة (ODES) التي تعني الطريق[2]. وهي بوجه عام تعني المنهج، طريقة، أسلوب أو نظام. والمنهجية (Méthodologie) تعني علم المناهج، وهو: «العلم الذي يبحث في الطرق التي يستخدمها الباحث لدراسة المشكلة والوصول إلى الحقيقة.»[3].

فالمنهج هو الطريق الواضح المستقيم والبيّن والمستمر، للوصول إلى الغرض المطلوب، أو تحقيق الهدف المنشود. كما يعني كيفية أو طريقة فعل أو تعليم شيء معيّن وفقا لبعض المبادئ بصورة منسقة ومنظمة[4].

أما المنهجية في الإصطلاح فهي: «الكيفية العقلانية المتبعة لتقصي الحقائق وإدراك المعارف، والتي تتطلب ترتيب الأفكار وعقلنة الفرضيات وإخضاعها للامتحان والتحليل، بما يضمن الوصول إلى نتائج معرفية جديدة، وبالتالي فهي أصوب وأوضح طريق للوصول إلى العلم والمعرفة، لأنها تتيح مباشرة الموضوع بشكل مختصر وسليم.»[5].

أو هي: «مجمل الإجراءات والعمليات الذهنية التي يقوم بها الباحث لإظهار حقيقة الأشياء أو الظواهر التي يدرسها.»[6].

وتعرف دائرة المعارف البريطانية المنهجية بأنها: «مصطلح عام لمختلف العمليات التي ينهض عليها أي علم من العلوم، ويستعين بها في دراسة الظاهرة الواقعة في مجال اختصاصه.»[7].

---

(1) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية 48.

(2) أنظر: أكلي تومي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، بدون طبعة، دار برتي، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 14.

(3) صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 19.

(4) نبيل مسيعد، مناهج البحث، مطبوعة جامعية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية – قسم الفلسفة، جامعة عنابة، بدون سنة، ص 02.

(5) وردة خلاف، محاضرات في مادة منهجية العلوم القانونية، مطبوعة جامعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2016، ص 01.

(6) صالح طليس، المرجع السابق، ص 30.

(7) علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 40.

انطلاقا مما سبق يمكن تعريف المنهجية بأنها: «أسلوب علمي يُتوخى منه الوصول إلى الحقيقة المعرفية السليمة.».

فحتى نكون أمام منهجية علمية لابد أن تكون هناك جملة أو مجموعة من الخطوات أو الإجراءات أو الأساليب ذات الطبيعة العلمية في مضامينها. وأن يكون الهدف المرجو من اتباع تلك الأساليب العلمية هو الحصول على المعرفة.

الفرع الثاني

أهمية المنهجية

تعد المنهجية طريقة ينظبط بها العقل. وينتظم بها العمل أيا كان، فتضمن النجاح لكل عمل ومجهود في الحياة اليومية للأشخاص الملتزمين بها؛ لاسيما في مجال البحث العلمي عموما، والقانوني منه خصوصا، وتحليل النصوص القانونية بصفة أخص[1]. ويمكن إيجاز أهميتها فيما يلي:

أولا: المنهجية أداة فكر وتفكير وتنظيم؛ ولهذا فهي أداة هامة في زيادة المعرفة واستمرار التقدم، ومساعدة الإنسان على التكيُّف مع بيئته وحل مشكلاته والوصول إلى أهدافه.

ثانيا: المنهجية أداة عمل وتطبيق؛ فهي تزوِّد الدارس بالخبرات التي تجعله قادرا على نقد الأعمال العلمية، وتقييم نتائجها والحكم على مدى أهميتها والاستفادة منها في التطبيق العملي. خاصة وأن التقدم في عصرنا الحالي في أي مجال مرهون لنتائج البحوث والدراسات المقدمة فيه.

ثالثا: المنهجية أداة تخطيط وتسيير؛ حيث إنها تزوِّد المشتغلين في المجالات الفكرية بأدوات وتقنيات تساعدهم على اتخاذ قرارات ملائمة وفعّالة إزاء المشكلات والصعوبات والتحديات التي تعترضهم في مجالاتهم العلمية والعملية.

ويمكن تلخيص أهمية المنهجية في القول: إن الالتزام بها وتتبع العقل لها في معالجة ودراسة المسائل والمواضيع والإشكاليات المطروحة من شأنه أن يوصل الباحث إلى نتائج علمية (الكشف عن الحقيقة)، مقصودة (البرهنة عليها لإقناع الغير). كما أنها – أي المنهجية – تعلِّم الإنسان كيفية

[1] أنظر: أكلي تومي، المرجع السابق، ص 07.

استخدام ملكاته الفكرية، وقدراته العقلية أحسن استخدام للوصول لنتيجة معينة بأقل جهد وأقصر طريقة ممكنة[1].

وعليه فإن المنهجية أسلوب للتفكير العلمي وأداة للبحث، وطريق للعلم والمعرفة. أقل ما يمكن أن يقال عنه أنه آمن من مزالق الفهم وزلل العقل وطغيان الذاتية.

الفرع الثالث

المنهجية (أهدافها وخصائصها)

المنهجية هي مجموعة مرتبة من المبادئ والقواعد والخطوات، وهي وسيلة للوصول إلى نتيجة. أو هي مجموعة من القواعد التي تسمح بتعلم تقنيات علم ما[2]. وهي بهذا الوصف ترمي لتحقيق جملة من الأهداف (أولا)، كما أنها تتمتع بجملة من الخصائص (ثانيا).

أولا: أهداف المنهجية

يمكن القول إن المنهجية القانونية هي وسيلة لإكساب الطالب الأسلوب والطريقة العلمية والمنطقية في التعامل مع المواضيع القانونية رغم تعددها وتشعباتها المتنوعة، وبلغة بسيطة نقول إنها تهدف إلى تعليم الطالب كيف يفتِّش عن المعلومات، وكيف يعرضها، وكيف يناقشها أو كيف يكتبها، وذلك للتمكن من تحقيق الأهداف التالية:

1- إبراز مدى قدرة الطالب على استيعاب المعلومات النظرية التي يدرسها أو يتلقاها في المحاضرات، وكيفية التعبير عنها وفقا لأهداف السؤال المطروح.
2- تعويد الطالب على تنظيم وترتيب أفكاره وعرضها بشكل وتسلسل منطقي.
3- تدريب الطالب على الأسلوب القانوني في الكتابة القائم على الدقة والاختصار والوضوح وعدم التكرار، وإبعاده على السطحية والأسلوب السردي المألوف[3].

---

[1] أنظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 11-13.

[2] Boris Barraud, « La méthodologie juridique », in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p 02.

[3] صالح طليس، المرجع السابق، ص 24-25.

4- تمكين الطالب من إعداد البحث القانوني؛ هذا الأخير الذي يعرَّف بأنه كل عمل منجز بطريقة علمية منهجية من طرف المتخصصين القانونيين والرامي إلى تعزيز وتعميق المعرفة بالقانون(1).

ثانيا: خصائص المنهجية

للمنهجية خصائص أهمها: الملاحظة العلمية، الموضوعية العلمية، الأمانة العلمية، والمنهج العلمي، نتناولها بالشرح تباعا فيما يلي:

1- الملاحظة العلمية

إن الملاحظة العلمية هي المشاهدة التحليلية أو القراءة المتأنية القائمة على قواعد وتقنيات تمثل منهجا معيّنا في التعامل مع الوقائع والأفكار والظواهر القريبة أو البعيدة. ويمكن التوسع في لفظها ليشمل المعنيين الحسي والمعنوي؛ فيشمل الأول الظواهر السلوكية والمادية في الإنسان والطبيعة، في حين يشمل الثاني التفكير والتأمل وما شابه ذلك. والملاحظة بوجه عام تمر بمراحل ثلاثة وهي: التعرف فالتقييم؛ ثم الإدراك(2).

وجدير بالذكر أن علماء الإسلام كانوا ينظرون إلى الملاحظة في حقول العلم على أنها من الأمور النافعة من حيث انسجامها أو تلاؤمها مع العلم كله، أو من حيث أنها أساس يقوم عليه نظام شامل. وبصورة عامة يمكن القول إن الحضارة الإسلامية كانت تسير على هدي ما جاء في شعر بشار بن برد حيث يقول:

عَمِيتُ جنيناً والذَّكاءُ منَ العَمَى *** فجِئتُ عجيبَ الظَنِّ للعِلم موئلا

وغاضَ ضياءُ العينِ للعلمِ رافداً *** لقلبٍ إذا ما ضيَّع الناسُ حَصَّلا

---

(1) Boris Barraud, La recherche juridique : Introduction et conclusion, La recherche juridique - Sciences et pensées du droit, L'Harmattan, 2016, P 09.

(2) أنظر: أكلي تومي، المرجع السابق، ص 23-24.

أي استخدام البصيرة في وصف الموجودات حولنا، لأن البصيرة تفضل البصر في إدراكها الأشياء[1].

2- الموضوعية العلمية

وتعني خاصية الموضوعية؛ النظرة إلى الأمور العلمية، والبحثية بعين الواقعية العلمية وليس الواقعية الشخصية (الذاتية)، سواء تعلق الأمر باختيار موضوع البحث، أو المنهج المتبع، أو التحليل، أو المناقشة، أو العرض، أو العناوين، أو الخطوات، أو الصياغة، أو الاقتباس، أو النتائج. وعليه فإن من يستخدم نفس المنهج يتوصل إلى النتائج ذاتها[2].

فالموضوعية تقتضي أن يتجرّد الباحث من كل ميْلٍ أو تأثرٍ؛ بالأشخاص، أو التوجه الديني، أو الانتماء السياسي أو العرقي، أو غير ذلك. وإنما يتأثر فقط بروح البحث العلمي التوّاقة لبلوغ الحقيقة العلمية.

3- الأمانة العلمية

بذات القدر الذي يضطلع به الأمن في استقرار الدول والمجتمعات، تضطلع الأمانة العلمية في تطور العلم ورفعته؛ وذلك لما توفره من مبادئ أساسية في البحث العلمي الأكاديمي، على رأسها "الثقة"، ثقة الباحثين بعضهم ببعض، وثقة المتلقين العاديين لما يقدمه الباحثون. حيث يرتبط المستوى الأول من الثقة بحقيقة قيام العمل البحثي، فالعلم أساسه تراكم المعرفة والبناء على أساسات الغير، وبالتالي تبرز هنا أهمية ثقة الباحث فيما قدمه الباحثون الذين سبقوه أو عاصروه. ونقصد هنا الثقة القائمة على أسس علمية سليمة ومدروسة، ذلك ما يعني عدم التسليم بالمعرفة السابقة وعدم محاولة نقدها ونقضها، أما المستوى الثاني من الثقة، والذي لا يقل أهمية عن المستوى الأول، فتلبي الأمانة

[1] فرانتز روزنتال، ترجمة: أنيس فريحة، مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي، بدون طبعة، دار الثقافة، لبنان – بيروت، 1961، ص 175، 178.

[2] أنظر: محمد بكر نوفل، فريال محمد أبو عواد، التفكير والبحث العلمي، الطبعة الأولى، دار المسيرة، الأردن – عمّان، 2010، ص 194.

العلمية من خلاله الهدف العام والأساسي للعلم، وهو المعرفة. المعرفة المتاحة للجميع إسهاما في الإرث الحضاري والثقافي العام[1].

ويقصد بالأمانة العلمية الإشارة بدقة إلى المصادر التي تم نقل المعلومة منها؛ ذكر ابن عبد البر [2] القول الآتي: (إن من بركة العلم أن تضيف الشيء إلى قائله)[3].

وقد كان علماء الإسلام يشددون على ضرورة الأمانة والدقة في النقل. وسواء أكان المنقول حقا أو باطلا فإن الصدق في إيرادة له أهميته في البحث العلمي عند العلماء، لأنه ييسر للطالب اطلاعه على آراء أهل الخبرة[4].

ومتى لم يكن هناك إشارة للمصادر التي استقيت منها المعلومة؛ فإننا سنكون أمام صورة من صور السرقة العلمية، هذه الأخيرة التي عرّفتها المادة 03 من القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 والذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها[5]. بقولها: (تعتبر سرقة علمية بمفهوم هذا القرار، كل عمل يقوم به الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم، أو من يشارك في فعل تزوير ثابت للنتائج أو غش في الأعمال العلمية المطالب بها، أو في أي منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى.

ولهذا الغرض، تعتبر سرقة علمية ما يأتي:

---

(1) رشاد توام، "الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطا بحق المؤلف"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي حول: "استشراف مستقبل الدراسات العليا في فلسطين"، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص02.

(2) هو: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النَّمَري القرطبي الأندلسي المالكي، إمام وفقيه مالكي ومحدث ومؤرخ أندلسي من أصل عربي، له العديد من التصانيف والكتب، وقد كان ظاهرياً ثم تحوَّل مالكيّاً مع مَيْلٍ بيّن إلى فقه الشافعي في مسائل. والمعروف أنه مالكي، اختُلف في تاريخ مولده فقيل ولد سنة 362 ه وقيل سنة 368 ه، وهذا أرجح الأقوال في تحديد مولده، وتوفي في مدينة شاطبة وبها دفن في ليلة الجمعة من ربيع الآخر سنة 463 ه. عن 95 سنة و5 أيام رحمه الله تعالى. راجع: أبو عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، جامع بيان العلم وفضله، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، السعودية، 1994، ص 07-08، 15، 20.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد البر، المرجع السابق، ص 922.

(4) فرانتز روزنتال، المرجع السابق، ص 121-122.

(5) قرار رقم: 1082 مؤرخ في 27 ديسمبر 2020، صادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها. وجدير بالذكر أنه ألغى القرار رقم: 933 مؤرخ في 28 جويلية 2016، صادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.

- اقتباس كلي أو جزئي لأفكار أو معلومات أو نص أو فقرة أو مقطع من مقال منشور أو من كتب أو مجلات أو دراسات أو تقارير أو من مواقع إلكترونية أو إعادة صياغتها دون ذكر مصادرها وأصحابها الأصليين،
- اقتباس مقاطع من وثيقة دون وضعها بين شولتين و دون ذكر مصدرها وأصحابها الأصليين،
- استعمال معطيات خاصة دون تحديد مصدرها وأصحابها الأصليين،
- استعمال برهان أو استدلال معين دون ذكر مصدره وأصحابه الأصليين،
- نشر نص أو مقال أو مطبوعة أو تقرير أنجز من طرف هيئة أو مؤسسة واعتباره عملا شخصيا،
- استعمال إنتاج فني معين أو إدراج خرائط أو صور أو منحنيات بيانية أو جداول إحصائية أو مخططات في نص أو مقال دون الإشارة إلى مصدرها وأصحابها الأصليين،
- الترجمة من إحدى اللغات إلى اللغة التي يستخدمها الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم بصفة كلية أو جزئية دون ذكر المترجم والمصدر،
- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بإدارج اسمه في بحث أو أي عمل علمي دون المشاركة في إعداده،
- قيام الباحث الرئيسي بإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في إنجاز العمل بإذنه أو دون إذنه بغرض المساعدة على نشر العمل استنادا لسمعته العلمية،
- قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بتكليف الطلبة أو أطراف أخرى بإنجاز أعمال علمية من أجل تبنيها في مشروع بحث، أو إنجاز كتاب علمي أو مطبوعة بيداغوجية أو تقرير علمي،
- استعمال الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر أعمال الطلبة ومذكراتهم كمداخلات في الملتقيات الوطنية والدولية، أو لنشر مقالات علمية بالمجلات والدوريات،

- إدراج أسماء خبراء كأعضاء في اللجان العلمية للملتقيات الوطنية أو الدولية أو في المجلات والدوريات، من أجل كسب المصداقية دون علم وموافقة وتعهد كتابي من قبل أصحابها، أو دون مشاركتهم الفعلية في أعمالها.).

والحق أن المشرّع لامس الواقع بذكره لهذه الحالات واعتبارها من قبيل السرقة العلمية؛ فهي وبكل أسف باتت تنتشر في أوساطنا العلمية انتشار النار في الهشيم.

4- المنهج العلمي

إن البحث العلمي لا يتم إلا وفق منهج عقلاني يوضح خطوات البحث ويرشد ويعين الباحث من أجل الوصول إلى نتيجة معينة؛ وبعبارة أخرى فإن أي عمل بحثي لا يمكن أن يتم خارج الإطار العلمي الهادف؛ وهو ما يعبر عنه بالمنهج. الذي هو مجموعة من الإجراءات والطرق الدقيقة المتبناة من أجل الوصول إلى النتيجة[1].

وهو ما يمكن معه القول بغير تردد إن المنهج العلمي يعصم من الانحراف عن الطريق الموصل إلى الهدف المنشود.

الفرع الرابع

تمييز المنهجية عن بعض المصطلحات المشابهة لها

إذا كانت المنهجية على النحو السابق بيانه أعلاه؛ هي مجموعة الإجراءات والعمليات والأساليب التي يقوم عليها علم من العلوم ويعتمد عليها الباحث في دراسة ظاهرة ما متوخيا الوصول إلى حقيقتها. فهي بالوصف المتقدم قد تلتبس بمصطلحات أخرى كالمعرفة، العلم، والثقافة. غير أنها تختلف عنها، ويمكن بيان ذلك كالآتي:

فأما المعرفة فهي ذلك الرصيد الكبير من المعلومات التي حصّلها الإنسان بمرور الزمن. وهي تتمتع بتنوع طرق الحصول عليها؛ ذلك أنها تختلف من موضوع لآخر، فهناك المعرفة الحسية التي يكتسبها الإنسان عن طريق: اللمس، والاستماع، والمشاهدة.

---

[1] أنظر: أكلي تومي، المرجع السابق، ص 25.

وفي الدرجة الثانية من الصعوبة، تأتي المعرفة التأملية أو الفلسفية، وهي المعرفة التي تتطلب النضج الفكري، والتعمق في دراسة الظواهر الموجودة، حيث أن مستوى تحليل الأحداث والمسائل المدروسة، يستوجب الإلمام بقوانين وقواعد علمية لاستنباط الحقائق واستخراجها عن طريق البحث والتمحيص. وفي العادة يتعذر على الباحث أن يحصل على أدلة قاطعة وملموسة تثبت حجته. ولكنه يقدم البراهين عن طريق استعمال المنطق والتحليل؛ ويثبت أن النتائج التي توصل إليها تعبر عن الحقيقة والمعرفة الصحيحة للموضوع.

وفي الدرجة الثالثة من الصعوبة، تأتي المعرفة العلمية التجريبية وهي التي تقوم على أساس: (الملاحظة المنظمة المقصودة للظواهر، وعلى أساس وضع الفروض الملائمة، والتحقق منها بالتجربة، وتجميع البيانات وتحليلها.). كما أن هذا النوع من المعرفة يتطلب من الباحث أن لا يكتفي بتوضيح معاني المفردات، بل يحاول أن يصل إلى القوانين والنظريات العامة؛ التي تربط هذه المفردات بعضها ببعض، وتمكنه من التعميم والتنبؤ بما يحدث للظواهر المختلفة.

ويستخلص مما سبق أن هناك معرفة عامة يحصل عليها الإنسان من خلال احتكاكه بالأفراد ومشاهدة ما يجري يوميا، وتكوين انطباع عام عن أي موضوع. وهناك معرفة علمية دقيقة لا تقوم على أساس الحدس والتخمين، وإنما على أساس المنهجية في الدراسة، وفروض يضعها الباحث، ودراسة شاملة للموضوع، حتى يتبين أن النتيجة النهائية لابد أن تكون قائمة على تحليل مستفيض للحقائق، وعلى دراسة شاملة للأدلة والشواهد المتوافرة عن الموضوع، وبالتالي تكون المعرفة مدعمة بحقائق علمية لا تقبل الجدل، اللهم إذا ظهرت عوامل جديدة؛ تستدعي إعادة النظر فيما تم اكتشافه، وإثراءه بما هو جديد في هذا الميدان.

وعلى هذا فالمعرفة تعتبر أوسع وأشمل من العلم، لأن هذا الأخير يقوم على الدراسة وتحليل الظواهر، وهدفه الرئيسي هو التعبير عن العلاقات القائمة بين الأشياء والظواهر التي يدرسها الإنسان بقصد التعرف على كنهها وجوهرها، وبالتالي يمكننا من الحصول على المعرفة التي نود الحصول عليها. فالعلم – إذن – يمكن تعريفه بأنه: « ذلك الفرع من الدراسة، الذي يتعلق بكيان مترابط من الحقائق الثابتة المصنفة؛ والتي تحكمها قوانين عامة تحتوي على طرق ومناهج موثوق بها؛ لاكتشاف

الحقائق الجديدة في نطاق هذه الدراسة.»[1]. أو هو: « المعرفة المنسقة التي تنشأ عن الملاحظة والدراسة والتجريب، والتي تقوم بتحديد طبيعة وأسس وأصول ما تتم دراسته.»[2].

أما الثقافة؛ فلعل أقدم تعريف لها وأكثره شيوعا، هو ذلك التعريف الذي وضعه "إدوارد تايلور" والذي يفيد بأنّ الثقافة: « هي ذلك الكلّ المركّب الذي يشتمل على المعرفة والعقائد، والفن والأخلاق والقانون، والعادات وغيرها من القدرات التي يكتسبها الإنسان بوصفه عضواً في المجتمع.».

وعرّفها عالم الاجتماع الحديث "روبرت بيرستيد" بقوله: « إنّ الثقافة هي ذلك الكلّ المركّب الذي يتألف من كلّ ما نفكّر فيه، أو نقوم بعمله أو نمتلكه، كأعضاء في مجتمع.». وضمن هذا المفهوم، يرى "جيمس سبرادلي J. Spradley" أنّ ثقافة المجتمع، تتكوّن من كلّ ما يجب على الفرد أن يعرفه أو يعتقده، بحيث يعمل بطريقة يقبلها أعضاء المجتمع... إنّ الثقافة ليست ظاهرة ماديّة فحسب، أي أنّها لا تتكوّن من الأشياء أو الناس أو السلوك أو الانفعالات، وإنّما هي تنظيم لهذه الأشياء في شخصيّة الإنسان. فهي ما يوجد في عقول الناس من أشكال لهذه الأشياء.

وربّما يكون أحدث مفهوم للثقافة، هو ما جاء في التعريف الذي اتّفق عليه في إعلان مكسيكو (6 آب أغسطس 1982)، والذي ينصّ على أنّ الثقافة – بمعناها الواسع – يمكن النظر إليها على أنّها: « جميع السمات الروحية والمادية والعاطفية، التي تميّز مجتمعاً بعينه، أو فئة اجتماعية بعينها. وهي تشمل: الفنون والآداب وطرائق الحياة .. كما تشمل الحقوق الأساسية للإنسان، ونظم القيم والمعتقدات والتقاليد»[3].

وخلاصة ما تقدم أن الثقافة أوسع مجالا من المعرفة والعلم. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى المعرفة أوسع من العلم. أما المنهجية فهي متواجدة في جميع فروع العلم والمعرفة؛ تزينها وتصوبها وتسددها وتحول دون انحرافها. الأمر الذي يسمح على المدى الطويل بتشكيل ثقافة مجتمعية متزنة ورصينة.

---

(1) عمار بوحوش، دليل الباحث في المنهجية وكتابة الرسائل الجامعية، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 01-03.

(2) أكلي تومي، المرجع السابق، ص 35-36.

(3) غني ناصر حسين القريشي، "مفهوم الثقافة وخصائصها"، مقال بالموقع الرسمي لجامعة بابل، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 20-03-2020، وهو متاح على الرابط الآتي:
http://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/lecture.aspx?fid=8&depid=3&lcid=11333

المطلب الثاني

مفهوم النص القانوني

النص في اللغة هو ما ظهر من الشيء المنظور المقروء. ومصطلح "Texte تاكست" مأخوذ من الأصل اللاتيني "تاكستور Textor" الذي يؤدي معنى "النسيج أي Tissu"، وهو حسب قاموس لاروس الفرنسي: "مجموعة من الكلمات المكتوبة والتي قد تشكل جملة أو مؤلفا".

وبهذا المعنى؛ لا يشترط في النص حجما معيّنا، فقد يكون طويلا أو قصيرا. وينطبق هذا المفهوم على كافة النصوص بدون تخصيص، فقد يكون النص قانونيا، اقتصاديا، فقهيا أو تاريخيا(1).

أما المقصود بالنص القانوني محل التحليل؛ فإنه قد يتخذ مفهوما ضيقا وقد يتخذ مفهوما واسعا، فأما المفهوم الضيق فهو الذي يعتبر أن النص القانوني يقتصر على ثلاث وهي: الأول؛ القاعدة القانونية مهما كانت درجتها سواء كانت إحدى مواد الدستور (التشريع الأساس)، أو إحدى مواد المعاهدات الدولية خاصة تلك التي تمت المصادقة عليها، أو كانت تشريعا عضويا أو عاديا أو غيرها من درجات التشريع. والثاني؛ الحكم أو القرار القضائي أيا كانت درجة التقاضي التي صدر عنها، والثالث؛ الاستشارة القانونية وهي سؤال عن وقائع من شخص يريد معرفة حكم القانون فيها.

وأما الاتجاه الواسع؛ فيضيف للنص القانوني – فضلا عن ما ذكر أعلاه– النص المقتبس من كتاب قانوني، وكذا منهجية إعداد تقرير (كتقارير نهاية التربص مثلا)....وغيرها.

ونحن في مؤلفنا هذا؛ نقصد بالنص القانوني المفهوم الضيق، أي القاعدة القانونية وهي محل التحليل، الحكم أو القرار القضائي وهو محل التعليق، السؤال القانوني وهو محل الاستشارة.

---

(1) أنظر: عطاء الله بوحميدة، النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 15.

الفصل الأول

منهجية تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)

في البداية يكون حريًّا بي أن أنوّهِ إلى أن هناك اختلافا بين الفقهاء في استعمال الألفاظ؛ فبينما يستعمل البعض عبارة "تحليل" في قوله: (تحليل النص القانوني)، يستعمل البعض الآخر لفظ "تعليق" فيقول: (التعليق على النص القانوني).

وسأعتمد عبارة "تحليل" بالنسبة للقاعدة القانونية (نص المادة)؛ وعبارة تعليق بالنسبة للحكم أو القرار القضائي. وإن كنت لا أنكر أن مفهوم العبارتين من الناحية العملية يتداخلان، فعندما نكون بصدد قاعدة قانونية (نص المادة) فنحن في الحقيقة نقوم في مرحلة أولية بتحليلها، والذي يشمل التعرف على أجزائها ومكوِّناتها ثم في مرحلة ثانية نقوم بالتعليق عليها من خلال تفسيرها وبيان مواطن الخلل فيها وتصويبها. وكذلك هو الحل بالنسبة للحكم أو القرار القضائي؛ فنحن نقوم بالعمليتين معا – وإن اقتصرت التسمية على التعليق – إذ في مرحلة أولى نقوم بتحليل الحكم أو القرار الذي يشمل التعرف عليه وعلى مكوناته، ثم نعلق عليه بإبداء الرأي فيه من حيث صوابه أو خطئه.

كما أحبذ استعمال مصطلح: "تحليل القاعدة القانونية (نص المادة) بدل عبارة: "تحليل النص القانوني"؛ ذلك أن للنص القانوني مفهوم واسع سبق لنا بيانه أعلاه. حيث يشمل القاعدة القانونية (وهي نصوص المواد في التشريع بمختلف درجاته)، الحكم أو القرار القضائي، السؤال القانوني الذي يقدمه طالب الاستشارة، والنص المقتبس من كتاب قانوني....وغير ذلك.

ونعالج هذا الفصل المتعلق بمنهجية تحليل القاعدة القانونية (نص المادة)؛ من خلال بيان الجانب النظري في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة) (المبحث الأول)، ثم الجانب العملي في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة).

المبحث الأول

الجانب النظري في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)

قبل الولوج إلى الجانب العملي في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)؛ لابد من التطرق للجانب النظري في هذا التحليل من خلال بيان مفهوم القاعدة القانونية (المطلب الأول)، لغة القاعدة القانونية (لغة القانون) (المطلب الثاني)، وتفسير القاعدة القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم القاعدة القانونية

الانسان كائن اجتماعي بطبعه، أي أنه بحكم غريزته في المحافظة على كيانه من القوى الخارجية التي تهدده في نفسه وعيشه، ورغبة منه في إشباع حاجياته التي لا يستطيع تأمينها بجهده الفردي مهما عظم، كان مظطرا منذ القدم للعيش في جماعة؛ أيا كان حجم هذه الجماعة أو الاسم الذي يطلق عليها: عائلة، قبيلة، مدينة، دولة.

غير أن العيش في جماعة لا يمكن أن يترك فيه الحبل على الغارب وإلا لعمّت الفوضى ولساد حكم الغاب، وأصبحت الغلبة للأقوى. وبعبارة أخرى إن الحياة في جماعة لا بد أن تقوم على نظام يوجه نشاط الأفراد ويوفق بين مصالحهم المتضاربة، وهذا النظام لا يقوم ولا يستقيم إلا بتنازل كل فرد عن جانب من حريته؛ حتى تتم كفالة الحرية للجميع على نحو يؤمن لكل شخص الطمأنينة على نفسه وعرضه وماله ونشاطه ومصالحه المشروعة.

هذا النظام يستدعي عقلا وبالضرورة وجود قواعد سلوك يسهتدي بها الأفراد في تصرفاتهم ومعاملاتهم، قواعد يشعر كل فرد بوجوب احترامها وعدم الخروج على أحكامها وإلا تعرّض لجزاء توقعه عليه سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة – لا قبل للفرد على مغالبتها – على حمله على اتباعها والعمل بمقتضاها.

والحقيقة أن كثيرا من الأفراد يقبلون على احترام هذه القواعد إيمانا منهم بضرورة ذلك لاستقرار النظام والأمن في الجماعة، ولكن مهما تسامى هذا الشعور فهناك دائما قلة من الأفراد قد تخرج على هذه القواعد حتى تردها السلطة العامة إلى سواء السبيل بالجزاء الذي تملك توقيعه[1].

إن هذه القواعد هي القانون[2] والذي يمكن تعريفه بأنه: «مجموعة القواعد العامة الجبرية، التي تصدر عن إرادة الدولة، وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها»[3].

الفرع الأول

خصائص القاعدة القانونية

إذا كان القانون هو مجموعة القواعد العامة الملزمة التي تنظم سلوك الأشخاص في الجماعة؛ حيث تكفل السلطة العامة باحترام تلك القواعد ولو بالقوة؛ فإنها تتمتع بجملة من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد؛ ويمكن إيجازها فيما يلي:

أولا: القاعدة القانونية تحكم سلوك الفرد في الجماعة

إن القانون لا يعني الإنسان المنفرد، لأن الإنسان المنفرد (كرينسون كروز) لا وجود له إلا في مخيلة الكتاب والفلاسفة، ولو فرض ووجد بالفعل؛ فإنه لا تربطه بغيره روابط اجتماعية حتى يتدخل القانون لتنظيمها.

فالقانون ما نشأت فكرته وما وجد إلا لتنظيم علاقات الأشخاص بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء في جماعة واحدة، فيقوم – أي القانون – بالحد من حرياتهم وإزالة ما بينها من تعارض، والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينها من تضارب، وتنظيم أعمالهم والروابطِ التي تنشأ بينهم بحكم الاتصال وتبادل المنافع. على أساس يتحقق به التناسق الاجتماعي.

---

[1] أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر – الإسكندرية، 2005، ص 09-10.

[2] إن كلمة القانون كلمة دخيلة على اللغة العربية، فهي كلمة يونانية الأصل (KANUN) ويقصد بها العصا المستقيمة. وهي كلمة توحي بأكثر من معنى وتعطي أكثر من مدلول فقد يقصد بكلمة قانون الإشارة إلى القواعد التي تحكم بعض الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية في الفيزياء وقانون العرض والطلب في العلوم الاقتصادية؛ وهي بهذا الوصف تقرير لواقع يتحقق كلما تحققت أسبابه دون أي استثناء. أنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، دار جسور، الجزائر، 2007، ص 16. وأنظر أيضا: محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1998، ص 06.

[3] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، 1974، ص 07.

والقانون بهذا الوصف يعتبر أسبق تاريخيا في نشأته من نشأة الدولة، إذ عرفته الجماعات البدائية الأولى كالقبيلة مثلا.

والقانون بإطراد تطبيقه على نفس الأشخاص وعلى ما يقوم بينهم من روابط اجتماعية متكررة، يخلق نظاما متناسقا لا يعتريه خلل ولا يتطرق إليه فساد، والقانون بهذا الوصف يعتبر قاعدة سلوك، فهو ينظم سلوك الأشخاص حكاما كانوا أم محكومين[1].

ولما كان القانون قاعدة اجتماعية فهو يختلف من مجتمع لآخر ومن دولة لأخرى؛ إذ في الوقت الذي تأخذ به دول بنظام انفصال الذمة المالية للزوجين كالجزائر مثلا؛ تأخذ دول أخرى ومنها فرنسا بنظام الذمة المالية المشتركة للزوجين. وكذلك الحال بالنسبة لتعدد الزوجات حيث تمنعه دول فيما تسمح به أخرى.

وبالنظر لأن القانون قاعدة سلوك فإن هذا ما يفسر خضوعه للتعديل في كل مرة تماشيا مع تغير سلوك الأشخاص داخل المجتمع.

ثانيا: القاعدة القانونية عامة ومجردة

يتكون القانون من مجموعة من القواعد العامة التي لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحالة معينة بالذات، بل تتعلق بأفراد الشعب عامة أو ببعض طوائف الشعب حسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم[2].

فالقصد أن تصاغ القاعدة بشكل خطاب عام موجه للجميع ومجرد بحث لا يخاطب الأشخاص بذواتهم بل بصفاتهم؛ ولا يطبق على وقائع قانونية معيّنة بذاتها، بل على كل واقعة توافرت فيها الشروط القانونية. والأمثلة في القانون لا حصر لها ومنها:

- المادة 361 من القانون المدني[3] والتي تنص على أنه: (يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.)، فهذا النص يخاطب البائع أيا كان ولا يخاطب بائعا بعينه.

---

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 20-21.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 38-39.

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم.

- المادة 124 من القانون المدني والتي تنص على أنه: (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.)، فهذا النص لا يتحدث على واقعة بعينها؛ بل على كل واقعة توافرت فيها الشروط وهي: خطأ الشخص، الضرر للغير، والعلاقة السببية بين خطأ الشخص والضرر الحاصل للغير.

وتظل القاعدة القانونية متسمة بالعمومية والتجريد ولو كانت موجهة لفئة محدودة كالقانون الذي ينظم مهنة المحاماة أو التوثيق أو مهنة المحضر القضائي؛ طالما أن تلك القوانين لا تخاطب محاميا بعينة ولا موثقا أو محضرا بعينة، بل تخاطب كل من حمل هذة الصفة.

وإلى أبعد من ذلك تعتبر القاعدة القانونية عامة ومجردة ولو كان المخاطب بها شخصا واحدا كالقاعدة التي تخاطب رئيس الجمهورية أو رئيس المحكمة العليا طالما أن الخطاب موجه لكل من تقلد هذا المنصب وليس رئيسا بعينه.

والهدف من العمومية والتجريد في سن القوانين هو تحقيق المساواة بين المخاطبين بها حيث لاشك أن الأشخاص يميلون إلى احترام قواعد القانون كلما كانت تطبق على الجميع من غير تمييز.

ثالثا: القاعدة القانونية ملزمة

إن الالزام يعتبر من أهم خصائص القاعدة القانونية؛ فلكي يلتزم الأشخاص باحترام القاعدة القانونية لابد أن تقترن بجزاء، وهذا الجزاء توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالف القاعدة القانونية. والجزاء كان موجودا في المجتمعات القديمة؛ إلا أنه كان غير منظم بقواعد قانونية بل كان أساسه الانتقام الفردي للشخص المجني عليه أو أسرته أو عشيرته ضد الجاني أو أسرته أو عشيرته. وقد كان الإنتقام أو الثأر ضروريا بل كان من العار عدم الأخذ بالثأر، ولم يبق حاليا من هذا الحق الخاص في توقيع الجزاء إلا حالات محدودة كحالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال، ولكنه رغم كونه جزاءً خاصا فإن القانون ينظمه ولا يسمح به إلا في حالة الضرورة القصوى؛ فيبيح القانون رد الاعتداء الحال. كما يعتبر من قبيل الجزاء الخاص الحق في الحبس[1]؛ حيث نصت المادة 200 من القانون المدني على أنه: (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض

[1] أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 17-18.

الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.).

ويشترط في الجزاء ثلاثة شروط، الأول؛ أن يكون له طابع مادي ولا يكتفى فيه بمجرد الجزاء المعنوي كاستهجان الرأي العام. والثاني؛ أن توقعه السلطة العامة كأصل عام وقد يجيز القانون للشخص أن يوقع الجزاء بنفسه كاستثناء وفي الحدود التي يرسمها القانون. والثالث؛ أن يكون حال الوقوع بحيث يطبق مباشرة على الشخص المخالف من غير تأجيل[1].

وللجزاء صور عدة، تختلف وتتباين باختلاف القواعد القانونية؛ ففي المسائل الجنائية يكون الجزاء بتوقيع عقوبة بدنية كالحبس، أو مالية كالغرامة، وبعقوبة الغلق والمصادرة...إلخ، كما قد يترتب على توقيع العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية كالحق في تولي الوظائف العامة.

وفي المسائل المدنية يتنوع الجزاء، فقد يكون تعويضا ماليا، وقد يكون تنفيذا على أموال المدين الممتنع، أو حكما ببطلان الاتفاق المخالف للقانون.

وفي المسائل الإدارية قد يكون الجزاء الذي يوقع على الموظف هو الإنذار أو الخصم أو التنزيل من الدرجة أو الفصل.

وفي مسائل الإجراءات (كالإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية) يكون الجزاء هو الحكم ببطلان الإجراء المخالف لأحكام هذين القانونين، كالحكم ببطلان عريضة الدعوى[2].

وفي مسائل القانون الدولي العام هناك جزاء خاص يترتب على الدول المخالفة لقواعده كالعقوبات الاقتصادية، والحصار، والتدخل العسكري في بعض الحالات؛ غير أن الملاحظ من الناحية العملية هو عدم فعالية هذه الجزاءات إذ كثيرا ما تتصادم مع فكرة سيادة الدولة من جهة. ومع

---

[1] أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 28-30.

[2] أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 24-25.

الازدواجية تجاه الدول لذلك نرى أن الهيئات الأممية كالأمم المتحدة ومجلس الأمن أصدرت الكثير من القرارات في حق الكيان الصهيوني "إسرائيل" لم يطبق أيٌ منها ولم يوجد من الآليات ما يحمله على ذلك.

الفرع الثاني

أنواع القاعدة القانونية

يجري في الفقه تقسيم القاعدة القانونية إلى عدة أنواع؛ وذلك بحسب زاوية النظر إليها، لكن أشهرها على الإطلاق تقسيمان؛ يستند الأول إلى طبيعة القاعدة القانونية، وهي على هذا الأساس إما آمرة أو مكملة. في حين يستند الثاني إلى موضوع القاعدة القانونية، وهي على هذا الأساس إما قاعدة من قواعد القانون العام أو قاعدة من قواعد القانون الخاص.

أولا: القاعدة القانونية من حيث طبيعتها

لابد هنا من التذكير بما قلناه أعلاه؛ وهو أن القاعدة القانونية ملزمة ويترتب على مخالفتها توقيع جزاء مادي دنيوي حال من السلطة العامة، وغياب الالزام بهذا المفهوم السابق يعني أننا لم نعد أمام قاعدة قانونية، بل أمام قاعدة من قواعد الدين أو الأخلاق. واللتين يكون الجزاء فيهما إما أخرويا يوقعه الله عزوجل (بالنسبة لقواعد الدين) أو معنويا يتمثل في تأنيب الضمير واستنكار الرأي العام يوقعه المجتمع (بالنسبة لقواعد الأخلاق).

وعليه فالقواعد القانونية الآمرة هي القواعد التي لا تستطيع إرادة الأطراف أن تتفق على مخالفتها فالعلاقة بين هذه القواعد وإرادة المخاطبين بحكمها هي علاقة الخضوع بالكامل. أما القواعد المكملة فهي التي تلعب فيها الإرادة دورا هاما؛ إذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الحكم الذي جاءت به القاعدة القانونية والأخذ بحكم آخر غير حكمها. لأن هذه القواعد تكمل ما فات إرادة المتعاقدين تنظيمه من المسائل التي قد يثور بشأنها نزاع بعد إبرام العقد. وعليه فهي تبيِّن الحكم الواجب تطبيقه في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين على حكم المسألة موضوع النزاع[1].

---

(1) أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 84-85.

وللتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة يمكن الاعتماد على معيار شكلي؛ بحيث يستخلص نوع القاعدة من العبارات والألفاظ التي يستخدمها المشرع في الصياغة.

فالقواعد القانونية الآمرة كثيرا ما تتضمن عبارت دالة على ذلك من قبيل: يجب، يلزم، لا يجوز، يتعيّن، يُمنع، ينبغي، يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، ولو اتفق الأطراف على خلاف ذلك، يعد باطلا وعديم الأثر .... إلخ.

ومثاله نص المادة 420 من القانون المدني والتي جاء فيها: (لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية.). فهذا النص آمر وهو يمنع على الشركاء قبول شريك تقتصر حصتة على ما له من نفوذ أو سلطان أو على ما يتمتع به من ثقة مالية. بل لابد أن تكون حصته حقيقة وهي إما حصة من عمل أو من مال، وهذه الأخيرة – أي الحصة من مال – إما نقدية أو عينية.

أما القواعد القانونية المكملة فإنها كثيرا ما تتضمن عبارات دالة على ذلك من قبيل: يمكن، يجوز، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ما لم يُتفق على غير ذلك .... إلخ.

ومثاله نص المادة 72 مكرر/01 من القانون المدني والتي جاء فيها: (يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.). فهذا النص مكمل لإرادة الطرفين لأنه يسمح لهما بإعطاء العربون دلالة أخرى غير تلك التي نص عليها المشرع كأن يعتبراه جزءًا من الثمن؛ وليس ثمنا لممارسة الحق في العدول عن العقد.

وإذا لم يسعفنا المعيار الشكلي لتحديد نوع القاعدة القانونية؛ هل هي آمرة أم مكملة؟ فإننا نلجأ للمعيار الموضوعي في ذلك، والذي يُنظَر فيه لمدى تعلق القاعدة بالنظام العام والآداب العامة من خلال فحص مضمونها لا ألفاظها.

وجدير بالذكر أن فكرة النظام العام والآداب العامة تختلف باختلاف الزمان والمكان من جهة، وباختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم من جهة أخرى، فما يعدّ من النظام العام والآداب العامة في الأنظمة الديمقراطية (التعددية الحزبية، الانتخاب، أو حرية الإعلام) لا يعدّ كذلك

في الأنظمة الدكتاتورية الشمولية والعكس صحيح أيضا. ومن المعاملات التجارية ما يعد مخالفا للنظام العام في الأنظمة الاشتراكية (كالملكية الفردية لوسائل الانتاج) مقبولا في الأنظمة الرأسمالية غير مخالف للنظام العام فيها....وهكذا.

وعلى صعيد الأحوال الشخصية نجد أن الدول الغربية تمنع تعدد الزوجات وتعبره مخالفا للنظام العام والآداب العامة؛ في حين تقبله جلّ الدول العربية والإسلامية.

ثانيا: القاعدة القانونية من حيث موضوعها

يجري في الفقه تقسيم القواعد القانونية من حيث موضوعها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وذلك استنادا إلى وجود الدولة من عدمه كطرف في العلاقة التي تحكمها القاعدة القانونية وصفة هذا الوجود.

1- القانون العام

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة سلطة وسيادة. ويمكن أن نذكر من فروع القانون العام على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- القانون الدولي العام

ويسمّى بالقانون العام الخارجي. وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول؛ أو بين هذه الأخيرة والمنظمات الدولية في زمن السلم والحرب.

- القانون الدستوري

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تبيِّن شكل الدولة ونظام الحكم فيها وسلطاتها العامة (السلطة التنفيذية، السلطة التشريعية، السلطة القضائية)، واختصاص هذه السلطات وعلاقة كل منها بالآخر وبالمحكومين؛ كما يبيِّن الحقوق والحريات. كالحق في الإضراب والحق في ممارسة العمل النقابي؛ وحرية التعبير وحرية التنقل....إلخ.

ويعتبر الدستور التشريع الأسمى في البلاد؛ والقانون الأساسي فيها كما دلّت على ذلك ديباجته بقولها: (إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي....)[1]. وعليه فهو يقع في أعلى النظام القانوني بحيث ينبغي أن تكون كل القوانين الأخرى منسجمة معه وإلا حُكِم عليها بعدم الدستورية.

- **القانون الجنائي**

وللقانون الجنائي شقين؛ أحدهما موضوعي وهو قانون العقوبات، ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تبيِّن الفعل المجرّم ووصفه (جناية، جنحة، أو مخالفة) والعقوبة المقررة له، والآخر شكلي وهو قانون الإجراءات الجزائية ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تبيِّن الإجراءات الواجب اتباعها من وقوع الفعل المجرَّم إلى توقيع العقاب (التفتيش، القبض، التحقيق، الحبس المؤقت، المحاكمة، تنفيذ العقوبة، وطرق الطعن في الحكم.).

- **القانون الإداري**

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية، ومرافقها العامة. وتضبط علاقة الحكومة المركزية بالإدارات الإقليمية والمجالس المحلية المنتخبة والمؤسسات العامة. كما يتعرض القانون الإداري إلى كيفية استغلال السلطة التنفيذية للأموال العامة.

- **قانون الوظيفة العامة**

يعدّ قانون الوظيفة العامة أحد فروع القانون الإداري، وهو – أي قانون الوظيفة العامة- مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المسار المهني للموظف، كما يتعرض لبيان حقوق الموظف وواجباته. والأفعال التي تعد أخطاءً مهنية والعقوبات التأديبية المقررة لها، وكذا قواعد انتهاء العلاقة الوظيفية، والأحكام الناظمة للمنازعات بين الموظف والجهة الإدارية والمستخدمة ...وغير ذلك.

---

[1] دستور الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدّل بـ: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 25، مؤرخة في 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63، مؤرخة في 26 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، مؤرخة في 07 مارس 2016. والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

2- القانون الخاص

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد وبصفة أعم بين أشخاص القانون الخاص أو بين هؤلاء والدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص؛ أي عندما تتنازل عن صفة السيادة والسلطان. ومثاله ممارسة الدولة لنشاط تجاري (مؤسسة نقل المسافرين مثلا). ويمكن أن نذكر من فروع القانون الخاص على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- **القانون المدني**

وهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص؛ ويعتبر القانون المدني الشريعة العامة للقوانين الخاصة، والتي استقلت عنه كالقانون التجاري وقانون التأمين وقانون الأسرة ....وغيرها.

وعليه فهو ينظم مسائل الأحوال الشخصية كالأهلية وعوارضها وحالات نقصها وفقدها رغم أن لمسائل الأحوال الشخصية تنظيم خاص هو قانون الأسرة.

وينظم القانون المدني الالتزامات ببيان مصادرها وآثارها وأوصافها وانقضائها وطرق إثباتها، ويتناول العقود من بيع ومقايضة وإيجار وشركة وقرض وصلح ومقاولة وعارية ووديعة وكفالة وتأمين ....وغيرها.

كما ينظم القانون المدني الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه كحق الارتفاق مثلا، بالإضافة إلى الحقوق العينية التبعية كحق الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز.

- **القانون التجاري**

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تطبّق على فئة معيّنة من الأشخاص يمتهنون التجارة وهم التجار، وعلى فئة معيّنة من الأعمال هي الأعمال التجارية.

ويتعرض القانون التجاري لبيان الأعمال التجارية، وطرق اكتساب صفة التاجر، كما ينظم أحكام العقود التجارية، وكذا السندات التجارية، والشركات التجارية، وأحكام الإفلاس والتسوية القضائية.

- القانون البحري

والقانون البحري هو مجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية كما يعرض نظاما قانونيا للسفينة ببيان كل ما يتعلق بالسفينة من صور الإيجار وربان السفينة والوكلاء البحريون، والحقوق التي ترد عليها من ملكية ورهون بحرية وحقوق الامتياز وضمان السلامة والاستغلال التجاري للسفن ومسؤولية مالك السفن عن أضرار التلوث والحجز على السفينة بنوعيه: الحجز التحفظي والحجز التنفيذي.

- قانون العمل

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الروابط الفردية والجماعية التي تتولد لدى أصحاب العمل ومن يعمل تحت توجيههم وإشرافهم ورقابتهم مقابل أجر، وهو يهدف إلى حماية العامل باعتباره الحلقة الأضعف في هذه العلاقة. فيبيّن حقوقه وواجباته، ويضبط الأحكام التي يُرجَع إليها بخصوص منازعات العمل....وغير ذلك من الموضوعات.

- قانون الأسرة

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية للشخص؛ حيث يتعرض لأحكام الزواج والطلاق، والميراث، والنيابة الشرعية. وهي بوجه عام مجمل العلاقات التي تربط الشخص في محيطه الأسري والعائلي.

- القانون الدولي الخاص

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فيتعرض لمسألة تنازع القوانين أي بيان القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي يكون أحد طرفيها أجنبيا؛ كزواج جزائري بتونسية. كما يتناول مسألة الاختصاص القضائي الدولي (بيان المحكمة المختصة)، والجنسية ومركز الأجانب. وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية.

الفرع الثالث

مصادر القاعدة القانونية

جاء في المادة الأولى من القانون المدني: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.).

وعليه فإن مصادر القاعدة القانونية هي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وفيما يلي تفصيل لهذه المصادر بإيجاز:

أولا: التشريع

التشريع هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة وطبقا للإجراءات المقررة لذلك[1]. وعُرِفت عملية وضع القواعد القانونية في شكل تشريعات منذ القدم، إذ وجدت مجموعة قانون حمو رابي التي صدرت في القرن الثامن عشر قبل الميلاد، وقانون الألواح الإثني عشر، ومجموعة جوستنيان التي وُضِعت في القرن السادس ميلادي في الامبراطورية الرومانية[2]... وغير ذلك من النصوص المكتوبة التي وجدت على مرِّ التاريخ.

والتشريع هو المصدر الأول الذي يتعيّن على القاضي البحث فيه للعثور على القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه. وبالرغم من أن لهذا الأخير – أي التشريع – جملة من المزايا والعيوب[3]. إلا أن الأهم هي أنواعه التي نعرضها تباعا فيما يلي:

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 130.

(2) أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 49.

(3) من مزايا التشريع: **أولا:** أن التشريع وهو يرد في نصوص مكتوبة يمتاز عادة بالوضوح، لأن هذه النصوص يتم صياغتها من قبل جماعة متخصصة، وبذا يسهل التعرف على القاعدة القانونية من قبل الجميع وهو ما يحقق نوعا من الاستقرار. **ثانيا:** أن السهولة التي يمكن أن يتم بها وضع التشريع أو تعديله أو إلغاؤه تمكِّن الشارع من مواجهة التغيرات الاجتماعية والسياسية

1- الدستور: (القانون الأساسي)

الدستور وثيقة تتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تبيّن شكل الدولة (دولة بسيطة أو موحدة، دولة مركبة أو اتحادية...) ونظام الحكم فيها (جمهورية، ملكية...) وسلطاتها العامة (السلطة التنفيذية، السلطة التشريعية، السلطة القضائية)، واختصاص هذه السلطات وعلاقة كل منها بالآخر وبالمحكومين؛ كما يبيِّن الحقوق والحريات. كالحق في الإضراب والحق في ممارسة العمل النقابي؛ وحرية التعبير وحرية التنقل....إلخ.

وبصرف النظر عن الطرق التي توضع بها الدساتير والتي تختلف من دولة لأخرى[1]؛ إلا أن ما يجب أن يؤخذ في الحسبان خاصة في موضوع تحليل النصوص القانونية هو أن القاعدة الدستورية تسمو على غيرها من قواعد القانون. ويعبّر على ذلك بالقول إن الدستور هو القانون الأساسي؛ جاء في ديباجة دستور 1996 المعدّل والمتمّم (إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي....).

والاقتصادية في الجماعة على نحو يمكِّن القانون من القيام بوظيفته الاجتماعية. **ثالثا:** أن التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة لأنه يسري بمفهوم واحد على جميع أنحائها، بخلاف العرف – مثلا– الذي كثيرا ما يختلف من منجهة إلى جهة أخرى في نفس الدولة. **رابعا:** أن التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة الاجتماعية كما يريدها الأفراد، بل هو وسيلة لإصلاح الجماعة عن طريق إدخال نظم أو مبادئ يرى المفكرون فيها خيرا وفلاحا لأوطانهم.

وعلى الرغم من المزايا السالفة الذكر التي يتمتع بها التشريع ويفضل بها غيره من مصادر القانون، فقد عيب عليه اتصافه بالجمود، لأن صياغته في ألفاظ محددة تقعد به عن التطور ومجاراة التغيّرات الحادثة في الجماعة، بخلاف العرف الذي يتميز بمرونته ونبوعه من حاجات الجماعة، مما يسهل مسايرته للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي تطرأ عليها.

كذلك عيب على التشريع أنه قد يأتي غير ملائم لظروف الجماعة وضميرها، لأنه من عمل سلطة مختصة قد ترى فرضه على الجماعة. ومما عيب عليه كذلك اشتماله على مصطلحات غامضة ذات مدلول واسع ومطلق كالنظام العام والآداب العامة.

غير أن أوجه النقد هذه تتضاءل في الواقع إذا تذكرنا السهولة التي يصدر بها التشريع لمواجهة حاجات المجتمع ومتغيّراته الاجتماعية والاقتصادية (التعديل، الإلغاء)، وأن صدور تشريع مخالف لما تستشعره الجماعة أمر نادر الحدوث لأنها غالبا من أفراد الجماعة وتعمل لصالحها، كما أن غموض المصطلحات يفتح مجال الاجتهاد للفقه والقضاء. أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 110-111.

[1] تختلف طريقة إعداد الدساتير عن طريقة إعداد غيرها من القوانين، وهذا تبعا لنظام الحكم السائد في الدولة. فقد يظهر الدستور كمنحة من الملك إلى رعيته (أسلوب المنحة)، وقد يكون بمثابة عقد بين الحاكم والشعب (أسلوب العقد)، وقد ينتخب الشعب هيئة معيّنة يعود لها صلاحية إقرار وثيقة دستورية (أسلوب الجمعية التأسيسة)، وقد يتحكم الشعب مباشرة في إعداد هذا القانون الأساسي بطريقة الاستفتاء. وتعتبر هذه الأخيرة هي الطريقة المتبعة في الجزائر. أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 135.

وينجر على اعتبار الدستور هو القانون الأساسي إبطال كل نص قاوني يخالف ما تضمنه الدستور من أحكام؛ وذلك عن طريق عملية تُعرَف بالرقابة الدستورية. مسندة لمحكمة دستورية[1] تتكون من إثني عشر (12) عضوا بحسب المادة 186 من الدستور؛ السالف ذكره أعلاه: أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المحكمة يعيّنهم رئيس الجمهورية، وعضو واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه، وستة (6) أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري؛ يحدّد رئيس الجمهورية شروط وكيفيات انتخابهم.

2- المعاهدات

المعاهدات هي اتفاقات تبرمها الدول في شأن من الشؤون ذات الطابع الدولي، وهي نوعان: معاهدات خاصة ومعاهدات عامة.

فالمعاهدات الخاصة هي التي تقعد بين دولتين أو عدد محدود من الدول في أمر خاص بها، وهي لا تلزم بطبيعة الحال غير المتعاقدين، ولا يتعدى أثرها أساسا الدول غير الموقعة عليها لأنها ليست طرفا فيها ولم ترتبط بما تم الاتفاق عليه بين أطرافها من ناحية، ولأنها تنظم علاقة خاصة لا تعنيها مباشرة من ناحية أخرى. ومثل هذه المعاهدات معاهدات التحالف ومعاهدات الصلح ومعاهدات ترسيم الحدود وبعض المعاهدات التجارية والثقافية وما شابه ذلك.

أما المعاهدات العامة فهي التي تبرم بين عدد غير محدود من الدول في أمور تهم الدول جميعا، ويكون الغرض منها تسجيل قواعد معينة دائمة لتنظيم علاقة دولية عامة[2]. ومن أمثلتها

[1] جاء في المادة 190 من الدستور، سبق ذكره. (بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياها صراحة أحكام أخرى في الدستور، تفصل المحكمة الدستوربية بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات.

يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها، والقوانين قبل إصدارها.

يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها.

تفصل المحكمة الدستورية بقرار حول توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات، ضمن الشروط المحددة، على التوالي، في الفقرتين 2 و3 أعلاه.

يُخطر رئيس الجمهوريّة المحكمة الدستورية وجوبا، حول مطابقة القوانين العضويّة للدستور بعد أن يصادق عليها البرلمان. وتفصل المحكمة الدستورية بقرار بشأن النص كله.

تفصل المحكمة الدستورية في مطابقة النظام الداخلي لكلٍّ من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة.).

[2] علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، 2015، ص 17-18.

المعاهدات التي تهدف لحماية البيئة أو مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ومكافحة الجريمة المنظمة وغير ذلك مما يهم الدول جميعا.

ونص الدستور في المادة 154 منه على أن: (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.).

وبالرغم من أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون إلا أنها لا تسمو على الدستور؛ لذا فهي تخضع للرقابة الدستورية جاء في المادة 01/198 من الدستور: (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستوريّة معاهدة أو اتّفاق، أو اتّفاقيّة، فلا يتم التصديق عليها.).

3- القانون العضوي

بعد كل من الدستور والمعاهدات المصادَق عليها يأتي القانون العضوي، ويتميز هذا الأخير عن القانون العادي بأن التشريع به يكون في مجالات محددة أهمها: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية.

كما أن المصادقة على القوانين العضوية تكون بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، فضلا عن خضوعها لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدورها[1]. أما مراحل سنه فهي لا تختلف عن القانون العادي فتبدأ بالمبادرة، فالدراسة والفحص، فالموافقة التشريعية (التصويت والمصادقة)، ثم الإصدار، ثم النشر.

4- القانون العادي: (القانون، الأمر، المرسوم التشريعي)

يعتبر مجال التشريع بالقوانين العادية واسعا بالمقارنة مع القوانين العضوية؛ إذ في غير الحالات المخصصة للتشريع بقوانين عضوية يكون التشريع بقوانين عادية.

وبوجه عام يمر سن القانون بمراحل؛ تبدأ بالمبادرة بالقوانين والتي خوّلها الدستور لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والنوّاب وأعضاء مجلس الأمة، ثم تعرض مشاريع

---

(1) أنظر: المادة 140 من الدستور، سبق ذكره.

القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة[1].

وقد جرى في الفقه تسمية المبادرة التي تتقدم بها السلطة التنفيذية (الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة) بمشروع القانون Projet de loi وتسمية المبادرة التي تتقدم بها السلطة التشريعية (النواب أو أعضاء مجلس الأمة) باقتراح القانون Proposition de loi.

ثم تأتي مرحلة الدراسة والفحص أين يحال النص على اللجان المختصة لهذا الغرض في كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. ثم تأتي مرحلة الموافقة التشريعية أين يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية[2].

يلي هذا مرحلة الإصدار وهي صلاحية لرئيس الجمهورية منحه إياها الدستور صراحة، أين يكون عليه أن يصدر القانون في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ تسلمه إياه. ويوقف سريان هذا الأجل إذا تم إخطار المحكمة الدستورية من السلطات المخوّلة قانونا بذلك[3]. كما أن لرئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما

---

(1) تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهئية الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة، وما عدا ذلك من مشاريع القوانين الأخرى فيودع بمكتب المجلس الشعبي الوطني. أنظر: المادتين 143 و144 من الدستور، سبق ذكره.

(2) في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، إجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما. وتعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا. وفي هذه الحالة، يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو إذا تعذر ذلك؛ بالنص الأخير الذي صوت عليه. ويسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة. أنظر: المادة 145 من الدستور، سبق ذكره. وبالرغم من أن الدستور لا يقيد البرلمان بمدة زمنية محددة من أجل المصادقة على النصوص المعروضة عليه، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بقانون المالية فقد قيده بمدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه، وفي حال عدم المصادقة عليه في هذا الأجل، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر. ولهذا التوجه ما يبرّره ذلك أن قانون المالية لابد أن يصدر في وقت محدد من كل سنة وتأخره يرتب آثارا سلبية على مختلف النواحي المالية للبلاد. أنظر: المادة 146 من الدستور، سبق ذكره.

(3) راجع: المواد 148، 193، 194 من الدستور، سبق ذكره.

الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة[1].

وفي الأخير تكون مرحلة النشر أين ينشر النص في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؛ وهي مرحلة من الأهمية بمكان باعتبارها قرينة على علم المخاطبين بالنص بمضمون أحكامه. جاء في المادة 04 من القانون المدني: (تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداءً من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.).

ويعدّ بمثابة قانون عادي (أي في نفس درجته) الأوامر التي يصدرها رئيس جمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية، أو في الحالة الاستثنائية[2]، وكذا في حال عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في المدة التي حددها الدستور وهي خمسة وسبعون (75) يوما[3]. وجدير بالذكر أن للمراسيم التشريعية التي اتخذت خلال الفترة الانتقالية من 1992 إلى 1994 نفس القوة القانونية.

وخلاصة ما تقدم؛ أي ما ينبغي أن يراعيه الطالب أو الباحث في معرض تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة) هو أن القانون العادي مهما كان شكله (قانون، أمر، مرسوم تشريعي) أقل مرتبة من القانون العضوي ولذا وجب أن لا يخالفه وأن ينسجم مع أحكامه.

(1) أنظر: المادة 149 من الدستور، سبق ذكره.

(2) أنظر: المادتين 142، 98 من الدستور، سبق ذكره.

(3) أنظر: المادة 146 من الدستور، سبق ذكره.

5- التشريع الفرعي أو اللائحة

التشريع الفرعي هو التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية باعتباره اختصاصا أصيلا لها تمارسة في الحدود التي رسمها الدستور. وهي بذلك لا تحل محل السلطة التشريعية[1]، ويعتبر هذا النوع من التشريع أقل مرتبةً من القوانين العادية. ولذلك وجب ألّا يخالفها.

ومن صور التشريع الفرعي نجد اللوائح التنفيذية والتي تصدر بقصد تنفيذ التشريع العادي (القانون العادي)؛ حيث إن هذا الأخير ينص في ثناياه على وجوب صدور لوائح تنفيذية بغرض تفصيل بعض القواعد وكثيرا ما يشكل التأخر في صدورها تعطيلا للقانون ذاته.

ومن قبيل ذلك أيضا اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط والبوليس، فأما اللوائح التنظيمية؛ فهي التي تتميز بأنها لوائح مستقلة أي أنها قائمة بذاتها وليست تنفيذا لأي تشريع، ويكون الهدف منها وضع القواعد لسير المرافق العامة للدولة. وأما لوائح الضبط والبوليس؛ فهي قواعد هدفها المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة كلوائح المرور وتنظيم الأسواق وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة التنظيم حديثة العهد في الأنظمة المعاصرة نتيجة تراجع البرلمان وعجزه على مواجهة الأزمات التي تعرض لها العالم لاسيما بين الحربين العالميتين مما فرض الاعتراف للسلطة التنفيذية بوسائل قانونية للتدخل من أجل مواجهة متطلبات العصر خاصة وأن تحضير النصوص التشريعية يأخذ زمنا طويلا وبذلك تعاظم دور السلطة التنفيذية[2].

ولما كانت اللوائح المستقلة التي تختص بها السلطة التنفيذية، تتضمن عقوبات على من يخالفها؛ فإنها أثارت نقاشا فقهيا فرأى البعض أن إعطاء السلطة التنفيذية السلطة في إصدار لوائح تتضمن عقوبات على من يخالفها أمر يعرض حرية الأفراد للخطر، في حين ذهب الرأي الغالب إلى

---

(1) وذلك خلافا لما يسمّى تشريع الضرورة (أو التشريع بأوامر)، أين تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية كما رأينا في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، وبين دورتي البرلمان (أي في العطل البرلمانية)، وفي الحالات الاستثنائية، وفي حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في الأجل المحدد في الدستور وهو خمسة وسبعون يوما.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 160.

تأييد صدورها عن السلطة التنفيذية باعتبارها تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى سرعة في التنظيم فلا يمكن إسنادها للسلطة التشريعية[1].

6- جدول يوضح نوع النص القانوني مع بيان درجته

الدرجة	نوع النص القانوني
01	الدستور
02	الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية، ومن الناحية العملية يصادق عليها بمرسوم رئاسي
03	القانون العضوي
04	القانون والأمر والمرسوم التشريعي في مرتبة واحدة؛ فأما القانون فهو ظاهر لأنه الأصل في التشريع، وأما الأمر فلأنه يتناول نفس مجال التشريع بالقانون العادي، غير أنه من صلاحيات رئيس الجمهورية في الحالات التي أوردناها أعلاه. وللمرسوم التشريعي نفس القوة القانونية إلا أنه يتعلق بالفترة الانتقالية من 1992-1994
05	المرسوم الرئاسي
06	المرسوم التنفيذي
07	القرارات الوزارية المشتركة
08	القرارات الوزارية الفردية
09	القرارات الولائية، وقرارات المؤسسات العامة الإدارية، وقرارات رؤساء البلديات

ثانيا: مبادئ الشريعة الإسلامية

الشريعة في اللغة بمعنى المواضع التي يُنْحَدَرُ إلى الماء منها؛ وشَرَعَ إِبِلهُ وشرَّعها: أوردها شريعة الماء فشربت ولم يستق لها، والشريعة والشِّرعة بمعنى الطريق أيضا؛ وهي ما سنَّ الله من الدين

[1] أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 59.

وأمر به، كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أعمال البر[1]. ومنه قول الله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنْ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ﴾[2].

أما في الاصطلاح فهي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بالسنة النبوية من قول أو فعل أو تقرير[3].

وينبغي في هذا المقام التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، فالفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية. فهو الجانب العملي من الشريعة. وقد بدأت نشأته تدريجيا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وفي عصر الصحابة، وكان سبب نشوئه وظهوره المبكر بين الصحابة هو حاجة الناس الماسة إلى معرفة أحكام الوقائع الجديدة، وظلت الحاجة إلى الفقه قائمة في كل زمان لتنظيم علاقات الناس الاجتماعية، ومعرفة الحقوق والواجبات لكل إنسان، وإيفاء المصالح المتجددة، ودرء المضار والمفاسد المتأصلة والطارئة[4]. أما مبادئ الشريعة فهي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية وهي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر ومنها: أن الضرر يزال، أن الأمور بمقاصدها، أن العادة محكمة، أن اليقين لا يزول بالشك، أن المشقة تجلب التيسير...وغير ذلك، وهذا يعني أن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية وتركت التفصيلات للاجتهاد بحسب المصالح وتطور الزمن. ولا يعني هذا أن كل أحكام الشريعة الإسلامية كذلك (أي تقبل الاجتهاد) حيث إن هناك نصوصا مفصلة بحيث لا اجتهاد فيها كتلك المتضمنة أحكام الميراث وبعض العقوبات (الحدود) وحرمة الربا....وغير ذلك.

وبخلاف الأديان التي تقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بخالقه، أو علاقته بنفسه، كالمسيحية مثلا؛ فإن الشريعة الإسلامية تناولت فضلا عن ذلك علاقة الإنسان بغيرة؛ أي معاملاته مع بني جنسه[5]. حيث امتازت بسمو الأحكام ونبل المقاصد، ووفرة الأحكام الفقهية وتنوع الاجتهادات في معالجة القضية الواحدة، الأمر الذي حمل بعض الفقهاء على الدعوة ومنذ زمن بعيد لتقنين أحكام

---

(1) راجع: ابن المنظور، المرجع السابق، ص 2238. وما بعدها.

(2) القرآن الكريم، سورة الجاثية، الآية 18.

(3) عبد اللطيف محمد عامر، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1998، ص 15.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار الفكر، سوريا – دمشق، 1985، ص 16-18.

(5) أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 125-126.

الشريعة في مجال المعاملات في مجموعة واحدة يلزم القاضي بالرجوع إليها؛ وهو ما نؤيده، وذلك لأن قضاة اليوم في الغالب من غير المجتهدين فيكون الزامهم بقول فقهي أمر سائغ[(1)]. واعتبر البعض الآخر أن تقنين الأحكام الشرعية من شأنه أن يعطل حركة الاجتهاد ويضرب نوعا من الحجر على القضاة والمجتهدين في التعبير عن آرائهم[(2)].

ومما يرويه لنا التاريخ في هذا الشأن أن أبا جعفر المنصور[(3)] طلب من الإمام مالك[(4)] حمل الناس على كتابه الموطأ ومذهبه فأبى الإمام مالك حمل الناس على رأيه قائلا: « إن لكل قوما سلفا وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين – أعزه الله ونصره – قرارهم على حالهم فليفعل.»[(5)].

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن الشريعة الإسلامية كان لها الفضل في إرساء كثير من المبادئ والنظريات القانونية كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة (نظرية

---

(1) راجع: عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، "تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين"، ورقة بحثية، بدون ناشر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 07-09.

(2) أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 164.

(3) أبو جعفر عبد الله المنصور بن مُحمد بن عَلي بن عبد الله بن العباس بن عَبْد المُطلّب بن هَاشم القُرشيّ (95 هـ / 714م : 158 هـ / 775م) هو الخليفة العشرون من خلفاء الرسول صلى الله عليه وسلم، والخليفة العباسي الثاني، وهُو المؤسس الحقيقي للدولة العباسيةِ، وباني بغداد، وقد بويع له بالخلافة في شهر ذي الحجة عام 136 هـ بعد وفاة أخيه أبي العباس عبد الله السفاح، وُلِدَ المنصور في الحميمة من أرض الشراة من البلقاء الواقعة في الشام في جنوب الأردن تحديدًا في صفر في عام 95 هـ، ونشأ بها ثم ارتحل إلى الكوفة مع عائلته، وقد ساعد أخاه أبا العباس السفاح في السيطرة على الدولة الإسلامية، وفي تثبيت حكم بني العباس، وقد ولاه السفاح أرمينية وأذربيجان والجزيرة الفراتية، وأيضًا استعان به في إخماد الثورات التي قامت عليهم في بدايات الدولة العباسية، وقد عهد له السفاح بالخلافة من بعده، وبعد وفاة السفاح في أواخر عام 136 هـ أصبح المنصور هو الخليفة، وبويع له في البلاد في أول عام 137 هـ. أنظر: https://en.wikipedia.org/wiki/Al-Mansur

(4) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني (93-179هـ / 711-795م) فقيه ومحدِّث مسلم، وثاني الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، وصاحب المذهب المالكي في الفقه الإسلامي. اشتُهر بعلمه الغزير وقوة حفظه للحديث النبوي وتثبُّته فيه، وكان معروفاً بالصبر والذكاء والهيبة والوقار والأخلاق الحسنة، وقد أثنى عليه كثيرٌ من العلماء. ويُعدُّ كتابه "الموطأ" من أوائل كتب الحديث النبوي وأشهرها وأصحِّها. أنظر: https://en.wikipedia.org/wiki/Malik_ibn_Anas

(5) محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، سوريا – دمشق، 2009، ص 746. جدير بالذكر أن هذه الحادثة التاريخية يستشهد بها من قال بمنع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تم الردّ عليهم بأن قول مالك رحمه الله قد خالفه فيه غيره، ولو لم يخالفه غيره ليس قوله بمجرّده حجة. راجع: عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، المرجع السابق، ص 04-07.

الضرورة)، والبيع بخيار الرؤية وأحكام الشفعة وتحمل تبعة الهلاك في عقد البيع، والتزامات الجوار وحوالة الدين...وغير ذلك[1].

وجدير بالذكر أن هذه الإسهامات كانت محل تقدير من بعض المستشرقين فهاهو "ألفريد فون كريمر"[2] يعترف بالقول: إن الفقه الإسلامي هو أعظم عمل قانوني في تاريخ العالم يفوق القانون الروماني وقانون حمو رابي.

وعن طريقة الأخذ بأحكام الشريعة لست أوافق الرأي القائل بضرورة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية وفقا لمذهب من المذاهب وإلزام القاضي به[3]. بل بترك المجال واسعا أمام القاضي للبحث عن الحل في أي من المذاهب الفقهية المعتمدة لأن نص المادة الأولى من القانون المدني جاء مطلقا دون تقييد هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإنه حتى بالنسبة للقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية كقانون الأسرة وقانون الأوقاف لم يُعتمد في عملية تقنينهما على مذهب واحد.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أن مصادر الفقه الإسلامي أربعة وهي: القرآن الكريم، السنة النبوية، الإجماع، والقياس. مستندين على قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[4]. كما استدلوا بحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه الذي روي عن أناس من أهل حمص من أصحابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء قال: أقضي بكتاب الله قال: فإن لم تجد في كتاب الله قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(1) أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 164-165.

(2) Alfred von Kremer مستشرق نمساوي ولد في 13 ماي 1828م وتوفي في 27 ديسمبر 1889 عن عمر 61 سنة، كان قنصلا في مصر وبيروت؛ نشر نحو 20 كتابا عربيا وله كتابات كثيرة بالألمانية عن الإسلام والثقافة الإسلامية. أنظر: https://en.wikipedia.org/wiki/Alfred_von_Kremer

(3) أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 72. في تأييدها لهذا الرأي.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 59.

ولا في كتاب الله قال: أجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفَّق رسولَ رسولِ الله لما يرضي الله ورسوله[1]. وفيما يلي تحديد للمقصود بتلك المصادر :

1- **القرآن الكريم:** هو الكتاب المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ...المكتوب في المصاحف ... المنقول إلينا عنه نقلا متواترا بلا شبهة. أو هو: اللفظ المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم للإعجاز بسورة منه ...المتعبد بتلاوته.

2- **السنة النبوية:** كل ما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية .... سواء أكان ذلك قبل البعثة أم بعدها.

3- **الإجماع:** هو اتفاق المجتهدين من المسلمين في أي عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي.

4- **القياس:** هو إلحاق أمر لا نص فيه من الكتاب والسنة بأمر آخر منصوص عليه واشتراكهما في حكم واحد لاشتراكهما في العلة[2].

وخلاصة ما تقدم أن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون بعد التشريع طبقا للمادة الأولى من القانون المدني؛ يتعين على القاضي الرجوع إليها عند عدم وجود حكم في القانون. فضلا على أنها تعد مصدرا ماديا للقانون الجزائري حيث إن كثيرا من النصوص مستمدة من الشريعة كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق وغير ذلك مما سبقت الإشارة إليه أعلاه.

ثالثا: العرف

يعرف العرف بأنه: «ممارسة للحياة القانونية تتجلى في اتباع سلوك بطابع اعتيادي مع الميل لإظهاره في الواقع في صورة القاعدة القانونية الملزمة»[3].

---

(1) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية (23)، باب اجتهاد الرأي في القضاء (11)، رقم الحديث (3592)، ص 397-398. وهو حديث (ضعيف) قال المنذري: وأخرجه الترمذي وقال: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل. وقال البخاري في "التاريخ الكبير": الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة الثقفي عن أصحاب معاذ عن معاذ روى عنه أبو العون ولا يصح ولا يعرف إلا بهذا مرسل.

(2) أنظر: عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص 71-72، 87، 108، 116.

(3) Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 14e édition, Sirey, France , 2012, P 111.

وعرفه بعضهم بأنه: «مجموعة القواعد التي كونتها الحاجات الاجتماعية على مر الزمن وتوارثتها الأجيال، واعتقد الناس بوجوب اتباعها، والتعرض للجزاء عند مخالفتها»[1].

ولاعتبار العرف مصدرا للقانون مزاياه كما لا يخلو من عيوب[2]، وهو يقوم على ركنين أولهما مادي يتمثل في السلوك الذي يستقر الأفراد على اتباعه مدة زمنية معينة، والثاني معنوي يكمن في الشعور بإلزامية ذلك السلوك ونزوله منزلة القواعد القانونية، ويختلف الفقهاء في أساس الزامية القاعدة العرفية بين من يقول إن أساس إلزامها يرجع إلى الإرادة الضمنية للمشرع، ومن يرى أن ذلك يرجع للاتفاق الجماعي بين الأفراد ويعبِّرون عنه بالضمير الجماعي، في حين يذهب آخرون إلى توقيف إلزامية العرف على تدخل القضاء بأحكامه وقراراته[3].

ويجري في الفقه التفرقة بين العرف والعادة، التي هي –أي العادة– مجرد سلوك يتبع عادة في المجتمع فيتوفر فيه العنصر المادي فقط، ويفتقد عنصر الالزام. وبخلاف العرف لا تطبق العادة، إلا إذا قبل بها الأفراد، ولذلك سمّيت بالعادة الاتفاقية.

وينجر عن الاختلاف بين العرف والعادة آثار منها: أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؛ تطبق على القواعد العرفية باعتبارها قواعد قانونية، فلا يمكن للشخص استبعاد قاعدة عرفية بادعائه جهلها، أما بالنسبة للعادة فيجوز للأطراف استبعادها لأنها لا تطبق إلا باتفاقهم الصريح أو الضمني. كما أن للقاضي تطبيق العرف من تلقاء نفسه إذا لم يوجد نص في القانون أو مبادئ الشريعة الإسلامية؛ ولو لم يستطع المدعي إثبات وجوده. بل يتحراه القاضي لأنه قانون. ويخضع

---

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 138.

[2] من جملة مزايا العرف: 1– موافقته لحاجات الجماعة لأنه ينشأ باعتياد الناس عليه فهو يتطور بتطور حاجات المجتمع ويزول إذا زالت تلك الحاجات التي أدت لظهوره. 2– يوافق إرادة الجماعة باعتباره يصدر عنها فهو أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب بينما مصدر القانون السلطة فهو يوافق إرادتها. أما عيوبه فتتمثل في: 1– العرف بطيء التكوين حيث يأخذ تشكل وظهور القاعدة العرفية زمنا طويلا وهذا وإن كان يناسب مجتمعات الماضي فإنه لا يساير تطور المجتمعات في العصر الحديث والذي سمته السرعة. 2– عاب الفقه على العرف تنوعه واختلافه من منطقة لأخرى ضمن الدولة الواحدة مما يؤدي لتعدد القواعد القانونية بينما التشريع موحد يطبق على الكافة. 3– إن القواعد العرفية مرنة وغير مكتوبة مما ينتج عنه غموضها وعدم وضوح مضمونها ولا تاريخ سريانها ونفاذها بخلاف التشريع الذي يسهل ضبطه لكونه مكتوب والذي وإن وجد به غموض فإنه يظل أقل من العرف لكون هذا الأخير غير مكتوب. أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 74–75. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 168–169.

[3] أنظر: عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة، المغرب – مراكش، 2005، ص 50.

القاضي في تقديره قيام العرف لرقابة المحكمة العليا لأن الأمر متعلق بمدى تطبيق قاعدة قانونية، بخلاف العادة التي يتعين على الأطراف إثبات اتفاقهما حولها؛ ويتعيّن على القاضي إعمالها بعد ثبوت الاتفاق حولها لأن العقد شريعة المتعاقدين، ويخضع في رفضه لإعمال العادة المتفق عليها لرقابة المحكمة العليا، وإن كان لا يخضع في تقديره لقيامها لهذه الرقابة خلافا للعرف[1].

وكأصل عام لا يجوز أن يُخالف العرف المدني نصا تشريعيا آمرا من نصوص القانون المدني، ولا أن يُخالف العرف التجاري نصا تشريعيا آمرا من نصوص القانون التجاري. غير أن السؤال المطروح هو: هل يجوز للعرف التجاري مخالفة نص مدني آمر؟ والواقع أن القانون المدني هو الشريعة العامة للمعاملات بين الأفراد، والقانون التجاري هو الشريعة العامة للمعاملات التجارية، ولا يطبق القانون المدني إلا عند غياب النص في القانون التجاري ووجود عرف تجاري معناه وجود نص خاص يُمتنع معه تطبيق القانون المدني. وعليه يقدّم العرف التجاري على النص المدني الآمر، ولا يطبق القانون المدني إلا عند غياب نص في القانون التجاري أو غياب العرف التجاري.

أما فيما يتعلق بالنصوص المكلمة أو المفسرة فطالما أنه سُمح لإرادة المتعاقدين أن تستبعد تطبيق أحكام النصوص المكلمة وتخالفها، فإنه يجوز أيضا للعرف أن يخالفها. وكثيرا ما يشير المشرع لذلك بعبارة "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك"[2].

رابعا: قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة واعتبارها المصدر الرسمي الأخير يعني إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبيل النكال عن القضاء؛ والدافع وراء ذلك هو القصور الذي كثيرا ما يعتري التشريع والذي لا سبيل لسده إلا من خلال الاعتراف للقاضي بحق الاجتهاد.

ولقد أشار أرسطو[1] في كتابه "السياسة والأخلاق" لظاهرة نقص التشريع ودور القضاة في سده بقوله: "عندما يكون التشريع قد عبّر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لإشارة القضاة أن يحكموا

---

(1) أنظر: محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 77-79.

(2) أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 146-148.

وأن ينظموا الباقي وهو ما يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت". وقال أيضا: "إنه وبالنظر لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة فإنه يجب على الإنسان (يقصد القاضي) أن يكمل ذلك".

وعليه فرجوع القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ هو رجوع لتاريخه والسلوك الذي يسري عليه مجتمعه، وصحيح أنها ليست قواعد قانونية ولكنها تلزم القاضي بأن يجتهد حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه[2].

المطلب الثاني

لغة القاعدة القانونية (لغة القانون)

لما كان النص هو الجسر الذي يعبُر به الحكم القانوني الذي يسنه المشرع بتنظيم شأن أو تجريم فعل أو إنزال عقوبة إلى المخاطبين بأحكام القانون، تجسيدا للعقد الاجتماعي الذي نشأت الجماعة السياسية بمقتضاه، وتنظيما لشؤونهم، وتيسيرا لأمورهم؛ فإن هذا النص يحظى بأهمية كبيرة بوصفه شكلا من أشكال التواصل اللغوي يترتب عليه تأثير كبير في حياة الناس؛ إذ على هدي منه قد يحكم على إنسان بالإعدام ولآخر بالبراءة، وبمقتضاه يكون فعل ما مجرَّما وفعل آخر مباحا؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، والقانون إنما يأتي على هيئة نص يتمتع – لما يقترن به من جزاء ولكونه وثيقة رسمية – بالصفة الإلزامية الآمرة، فالنص إذن هو الذي يُنشئ الالتزام القانوني[3].

وبناءً عليه وجب التعرف على مفهوم لغة القانون (الفرع الأول)، صياغة النص القانوني (الفرع الثاني)، وإلغاء النص القانوني (الفرع الثالث).

---

(1) أرِسْطُو (384 ق.م – 322 ق.م)، وهو فيلسوف يوناني، تلميذ أفلاطون ومعلم الإسكندر الأكبر، وواحد من عظماء المفكرين، تغطي كتاباته مجالات عدة، منها الفيزياء والميتافيزيقيا والشعر والمسرح والموسيقى والمنطق والبلاغة واللغويات والسياسة والحكومة والأخلاقيات وعلم الأحياء وعلم الحيوان. وهو واحد من أهم مؤسسي الفلسفة الغربية. أنظر: https://en.wikipedia.org/wiki/Aristotle

(2) أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 181. محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 90.

(3) سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص (دراسة في التماسك النصي)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر – القاهرة، 2010، ص 07.

الفرع الأول

مفهوم لغة القانون

إن اللغة هي وسيلتنا المفضلة للتواصل، فكل لغة هي عبارة عن منظومة من الإشارات الاتفاقية، ومجموعة قواعد تربط هذه الإشارات، حيث تُكوّن كل متكامل معقد ومنظم.

والقول بوجود لغة خاصة بالقانون يؤكده تلقائيا رد فعل المجتمع، فالواقع هو أن اللغة القانونية حتما غير مفهومة من غير رجال القانون، حيث لا تدخل هذه اللغة في الحال في إدراك الشخص الذي لا يحوز إلا على اللغة العامة، حيث يصطدم التواصل القانوني بحاجز لغوي يثير الاحساس بغرابته، ويبرر أن اللغة القانونية موجودة لأنها غير مفهومة فهي خارج حلقة الفهم الطبيعية التي تختص بها التبادلات اللغوية العادية بين أعضاء نفس الجماعة التي تتحدث نفس اللغة[(1)].

والقانون علم مثل سائر العلوم وله لغته الخاصة التي تعارف عليها أهل الاختصاص؛ تشمل مصطلحات ذات دلالة معيّنة في أذهان المنتمين لهذا الحقل من العلوم كقولهم: الدائن، المدين، التقادم، الأصيل، الكفيل....ونحو ذلك. فضلا عن المصطلحات نجد من ضمن لغة القانون التعريفات القانونية المتعارف عليها عند أهل الاختصاص.

وتجدر الإشارة أن القانون الذي نعنيه هنا هو ما اصطلح على تسميته بالقانون الوضعي؛ والذي سبق لنا تعريفه أعلاه بأنه مجموعة القواعد العامة، المجرّدة، والملزمة والتي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع.

ولغة القانون أنواع هي: الأولى؛ لغة التشريع (Legislative Writing) وهي اللغة التي تكتب بها النصوص القانونية على اختلاف درجاتها التي بيّناها أعلاه؛ سواء كانت نصوصا في الدستور أو المعاهدات الدولية أو في سائر القوانين والأنظمة (وسنفصل فيها في الفرع الثاني من هذا المطلب). والثانية؛ لغة القضاء (Juridical Writing) وهي لغة يستعملها القضاة في تحرير الأحكام والقرارات القضائية، وتصدر عادة في المجلات القضائية ومجلة المحكمة العليا. أما الثالثة؛ في اللغة القانونية

---

(1) مختار دويني، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص 137-138.

الأكاديمية (Academic legal Writing) وهي اللغة التي يكتب بها فقهاء القانون وتظهر في مؤلفاتهم وأبحاثهم المنشورة لاسيما في المجلات العلمية الأكاديمية المحَكَّمة الدولية والوطنية.

الفرع الثاني

صياغة النص القانوني

يقول الفقيه ميكائيل زاندر "من واقع خبرتي، لا تكفي الكفاءة القانونية العامة وحدها لأن تؤهل المرء لأن يكون صائغا جيدا، وإن رجل القانون الكفء الذي يفتقد إلى الخبرة العملية في فن الصياغة لا يستطيع أن يؤدي هذه المهنة بشكل مقبول"[1].

وعليه فعملية صياغة النص القانوني ليست بالأمر الهيّن كما يتصور البعض. وفيما يلي نتطرق لتعريف الصياغة القانونية وأنواعها (أولا)، ضوابط صياغة النص القانوني (ثانيا).

أولا: تعريف الصياغة القانونية وأنواعها

الصياغة القانونية هي الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح هكذا حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها. أو هي بعبارة أخرى: مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود إخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها.

فالصياغة القانونية هي الثوب الذي يرتديه التشريع، فإذا كان جوهر التشريع يعني مضمون القاعدة القانونية، فإن هذا المضمون لا يمكن أن يتوافر من دون تحقق شكل التشريع، وإذا كان الجوهر يهدف إلى إدراك الغاية من التشريع، فإن الشكل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية، والشكل يتحقق عن طريق الصياغة القانونية. ولكن صياغة التشريعات ليست مجرد إفراغ للنصوص القانونية في قوالب شكلية، بل هي أولا وقبل كل شيء فكر قانوني يرُد النصوص إلى ضوابطها القانونية ملتزما

[1] محمود محمد علي صبرة، الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، بدون طبعة، بدون ناشر، مصر – الجيزة، 2009، ص 56. نقلا عن: Michael Zander, The Law-Making Process, 5ed, London, Butterworths, 1999, P 41.

بالأصول المنطقية، ولذلك لابد من التثبت عند صياغة النص القانوني من اتفاق نصه مع نصوص الدستور والقوانين السارية، وذلك لتحقيق التجانس بين القوانين المختلفة والتناسق والترابط بين النصوص[1].

والواقع أن النص القانوني في أي مجتمع متحضر يتميز بخمس سمات مهمة: الأولى؛ أن يكون حجمه معقولا فيتسنى للشخص تعلمه في وقت معقول دون أن يكون مضطرا لقضاء كامل عمره في تعلمه. والثانية؛ أن يكون بسيطا بما يكفي ليفهمه الشخص العادي. والثالثة؛ أن يكون مستقرا لا يتغيّر إلا نادرا بحيث يمكن للناس بعد معرفته العيش مطمئنين إلى أنهم باتوا يعرفونه لا يخالفونه. والرابعة؛ أن يكون بعضه منسجما مع البعض الآخر فلا يكون في اتباعه مخالفة لغيره. أما الخامسة؛ فهي أن ينسجم النص القانوني الذي هو من صنع الإنسان مع شريعة الله التي لا تتغيّر [2].

أما عن أنواع الصياغة القانونية فهي نوعان: الصياغة القانونية الجامدة، والصياغة القانونية المرنة. وفيما يلي بيان للمقصود بكلا النوعين:

1- **الصياغة القانونية الجامدة:** وتسمى عند البعض بالصياغة المحددة. وهي التي لا تترك مجالا للقاضي لإعمال سلطته التقديرية؛ بحيث تقيده تقييدا صارما، وفيها يُفصح المشرع عن المعنى المراد من القاعدة القانونية بطريقة لا يمكن للقاضي معها إلا التثبت فقط من حصول الوقائع والأوضاع التي تندرج في الغرض المحدد الذي عيَّنته القاعدة[3]. ومن ذلك نص المادة 40 من القانون المدني التي تنص على أن سن الأهلية هو تسعة عشر (19) سنة كاملة، وهو نص لا يسمح للقاضي بأن يقدر أن شخصا ما له الأهلية رغم أن سنه هو ثمانية عشر (18) سنة، ولا أن يعدّ شخصا تجاوز التاسعة عشر (19) ليس بذي أهلية بعد.
2- **الصياغة القانونية المرنة:** وهي التي بمقتضاها يتم التعبير عن مضمون القاعدة القانونية بعبارات واسعة المعنى تسمح بتغيير الحلول تبعا للظروف والأحوال؛ أي بطريقة معيارية تفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي لدى تطبيقها أن يراعي الظروف والملابسات المختلفة في

---

(1) سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 55-56.

(2) أنظر: محمود محمد علي صبرة، المرجع السابق، ص 03-04.

(3) صغيّر بن محمد الصغيّر، ضوابط في صياغة وسن القوانين، الطبعة الأولى، دار الألوكة للنشر، المملكة العربية السعودية – الرياض، 2017، ص 59، 61.

أرض الواقع[1]. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 01/691 من القانون المدني بقولها: (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار) فهذا النص مرن يتيح للقاضي أن يقدر ما إذا كان تصرف المالك ينطوي على تعسف في استعمال الحق أم لا.

ثانيا: ضوابط صياغة النص القانوني

تخضع صياغة النص القانوني لضوابط تتحقق بها الدقة في صياغته، نوجز أهم تلك الضوابط في عشر نقاط على النحو التالي:

1- التعبير عن القواعد المعيارية بشكل توجيهي مباشر، بدلا من الشكل السردي أو الإنشائي.

2- التأكد من أن لكل نص هدفا موحدا (قصد المشرع).

3- الإيجاز: ذلك أن النص القانوني ينظم حالة أو ظاهرة تنظيما دقيقا بكلمات محددة، لذا يجب أن يقدم المعنى بأقل الألفاظ؛ متفاديا الإطناب لأن الإطالة تفتح باب التفسيرات المتعارضة.

4- العرض المحكم: وذلك عن طريق التبويب السليم وجمع النصوص وربط أجزائها وكشف غاياتها.

5- مراعاة أسس الهيكل المعماري لصياغة جسم القانون (بنيته التنظيمية أي الكتاب ثم الباب ثم الفصل ثم القسم).

6- تجزئة النصوص الطويلة إلى فقرات أقصر متضمَنةً فيها، واستخدام نظام موحد ومتسق لترقيم المواد والفقرات والملاحق، واستعمال الصيغ والجداول التي تسهم في توضيح المعنى.

7- اتباع أسلوب موحد في ترتيب الكلمات وقواعد اللغة، مع تجنب استخدام الكلمات الزائدة أو المتكررة (دون جدوى)، مع ضرورة إحكام الإشارات الكتابية (علامات الترقيم) كالفواصل والنقاط في مواضعها الصحيحة.

8- عدم المبالغة في إيراد التعريفات؛ إذ أن التعريف المبالغ فيه قد يؤدي إلى تقييد حرية القاضي في التقدير.

[1] سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 57.

9- الثبات والاتساق في استعمال المصطلحات، بمعنى استخدام المصطلح نفسه للتعبير عن الحالة نفسها، واستخدام مصطلح مغاير لحالة مغايرة، مع تجنب المصطلحات المبهمة وغير الواضحة.

10- تسمية القوانين والعمل بأسماء القوانين التي استقرت مسمياتها في العمل القانوني وأصبحت بمثابة مبادئ عامة[1].

الفرع الثالث

إلغاء النص القانوني

من خلال هذا الفرع نعرض لتعريف الإلغاء وتمييزه عمّا يشابهه (أولا)، ثم صور الإلغاء (ثانيا)، ثم آثار الإلغاء (ثالثا)؛ على النحو الآتي:

أولا: تعريف الإلغاء وتمييزة عمّا يشابهه

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة، ومنه امتناع القاضي عن الحكم بمقتضاها[2]. أو هو نسخ التشريع وإعدامه عن طريق مصدر من مصادر القانون القادرة على إنشاء قواعد قانونية مساوية في الدرجة للتشريع الملغي[3].

والإلغاء بهذا الوصف؛ يختلف عن انقضاء مدة العمل بالتشريع المؤقت، حيث أنه وخلافا للأصل الذي مؤداه أن التشريع لا يكون محدد المدة وأنه يصدر للعمل به بصفة دائمة إلى حين أن يكون محل إلغاء. فإنه قد يحصل في بعض الأحيان أن يصدر تشريع مؤقت محدد المدة لمواجهة ظروف عابرة كحالة الحرب أو الكوارث الطبيعية فإنه عندئذ ينقضي بانتهاء الأجل المذكور فيه صراحة، أو بانقضاء الظروف التي صدر لمواجهتها[4].

---

[1] سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 58-59.

[2] أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 171. محمدي فريدة (زواوي)، المرجع السابق، ص 62.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 412.

[4] أنظر: محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2010، ص 159.

كما يختلف إلغاء القانون عن إبطاله؛ ذلك أن الإلغاء هو إنهاء العمل بقانون صحيح قائم ونافذ، وهو حدث عادي في حياة التشريع، فهو يضع نهاية لهذه الحياة ولكل حياة نهاية، ولئن كان التشريع يتميز بحسب الأصل بصفة الدوام، فإن المقصود بذلك ليس الخلود، وإنما المقصود بالدوام هو عدم التأقيت؛ فالتشريع لا يوضع كقاعدة عامة لفترة مؤقتة من الزمن، وإنما يوضع ليطبق بصفة دائمة إلى أن يزول بالإلغاء. فضلا عن ذلك فإن إلغاء القانون يزيله بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي، ويظل محتفظا ببعض آثاره بالنسبة للمستقبل لحكم العقود التي نشأت في ظله.

أما إبطال القانون فهو حدث غير عادي في حياته. ومن النادر أن يتعرض قانون للإبطال. والإبطال لا يرد إلا على تشريع معيب في تكوينه. ومن ثم اعتباره كأن لم يكن بأثر رجعي، ومن أمثلته بطلان تشريعات السلطة الفعلية التي تصدر أثناء الغزو أو الاحتلال.

أما عن سلطة إلغاء القانون؛ فالقاعدة أن السلطة التي سنت التشريع هي التي تملك إلغاءه. ذلك أن إلغاء التشريع هو في ذاته عمل تشريعي يصدر عن ذات السلطة التي أنشأت التشريع الملغى أو يصدر عن سلطة أعلى منها، فالتشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو تشريع أعلى. أي أن النص لا يلغيه إلا نص في قوته أو أقوى منه[1]. على نحو ما بيّناه في درجات التشريع أعلاه.

ثانيا: صور الإلغاء

يجري في الفقه؛ الحديث عن صورتين لإلغاء القانون، هما: الإلغاء الصريح Abrogation expresse والإلغاء الضمني Abrogation tacite نشرح ذلك بإيجاز في الآتي:

1-الإلغاء الصريح: Abrogation expresse

في هذه الصورة ينص القانون الجديد صراحة على إلغاء القانون القديم. ومن أمثلة ذلك في التشريع الجزائري المادة 142 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، والتي نصت على أنه تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر لاسيما منها القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 والمتعلق بالنقد والقرض.

---

[1] راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 412-415. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 161-163.

ومن قبيل الإلغاء الصريح كذلك؛ أن ينص القانون الجديد في ثناياه على أنه صالح لفترة محددة كالقوانين التي تظهر في الحروب والكوارث والأزمات. وعليه يصبح القانون لاغيا بحلول أجل انتهائه المذكور فيه.

2-الإلغاء الضمني: Abrogation tacite

الإلغاء الضمني هو أن يصدر قانون حديث متضمنا أحكاما متعارضة مع أحكام قانون سابق. والقاعدة هي أن النص القانوني الحديث يلغي النص القانوني السابق فيما يقع بينهما من تعارض. وصور ذلك لا تخرج عن ثلاث فروض.

الأول؛ التعارض الكامل (تنظيم نفس الموضوع من جديد) ويتحقق إذا أعاد القانون الجديد تنظيم موضوع كان ينظمه القانون السابق. وفي هذا الفرض يلغى القانون السابق ويحل محله القانون الجديد.

الثاني؛ التعارض الجزئي ويتحقق إذا كان القانون الحديث يتضمن أحكاما تتعارض مع بعض أحكام القانون القديم دون أن يعيد القانون الجديد تنظيم نفس الموضوع الذي كان ينظمه القانون القديم، فإن أحكام القانون القديم تصبح ملغاة في النطاق الذي تتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد، أما الأحكام الأخرى للقانون القديم التي لم تعارضها أحكام القانون الجديد؛ فتظل قائمة لا يرد عليها الإلغاء.

الثالث؛ التعارض بين حكم عام وخاص، ويلاحظ أن التعارض الذي يؤدي إلى إلغاء نصوص التشريع القديم هو التعارض الذي يقع بين أحكام ذات طبيعة واحدة من حيث نطاق تطبيقها. فالأحكام بعضها عام وبعضها خاص. والتعارض لا يُتصور أن يقع إلا بين حكم عام وحكم عام آخر، أو بين حكم خاص وحكم خاص آخر. أما التعارض بين حكم عام وحكم خاص فهو لا يؤدي إلى تناقض بين الحكمين ولا يؤدي إلى إلغاء أحدهما بواسطة الآخر، ولكنه يؤدي فقط إلى تقييد العام بواسطة الخاص سواء كان الحكم الخاص هو الحكم الجديد أو الحكم القديم[1].

ثالثا: آثار الإلغاء

---

[1] راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 416-421.

يترتب على إلغاء القانون إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل دون مساس بمظاهر تطبيقه التي تمت في الماضي؛ حيث يتوقف العمل بالقانون بمجرد إلغائه، ولا يظل ساريا إلا على الوقائع التي تمت في ظله. وآثار إلغاء النص القانوني تتجلى في مظهرين:

الأول؛ تأثيره على النصوص التنظيمية، وعليه فإذا ألغي قانون معيّن واستبدل بقانون آخر ينظم ذات الموضوع فإن الأصل هو الإبقاء على النصوص التنظيمية للقانون الملغى طالما أنها لا تتعارض مع القانون الجديد إلا إذا نص هذا الأخير صراحة على إلغائها[1]. والواقع العملي يثبت أن المشرِّع ينص صراحة في القانون الجديد على استمرار العمل بالنصوص التنظيمية الصادرة تطبيقا للقانون القديم إلى حين صدور نصوص تنظيمية جديدة.

الثاني؛ مشكلة القوانين المحيلة، وهي القوانين التي تحيل في تنظيم بعض المسائل إلى نصوص قانونية أخرى، فإذا حدث وألغيت النصوص المحال إليها، فما هو مصير النصوص المحيلة ذاتها؛ وهل يمكن القول مثلا بأنها تلغى هي الأخرى إلغاءً ضمنيا بطريق التتابع أو التسلسل؟

والغالب أن النصوص المحال إليها – لاسيما إذا كانت الإحالة محددة – تعتبر جزءًا من النصوص المحيلة. ولذلك فإن إلغاء الأولى لا يترتب عليه إلغاء الثانية، بل تظل النصوص المحال إليها الملغاة وتعتبر مندمجة في القوانين المحيلة التي لم تلغى، وبالتالي نافذة في حدود الإحالة فقط.

أما إذا كانت الإحالة عامة للقانون ألغي وحل محله قانون جديد فالراجح القول بأن الإحالة في هذا الفرض تنتقل إلى القانون الجديد.

ولكن هذا الحل لا يمكن الأخذ به إذا كانت النصوص المحال إليها الملغاة، تنظم مرفقا عاما، أو جهة من جهات التقاضي، ثم ترتب على إلغائها إلغاء هذا المرفق، أو إلغاء هذه الجهة من جهات التقاضي. وفي هذه الحالة فإن النصوص المحيلة تصبح غير ممكنة التطبيق مما يتعيّن معه القول بأن إلغاء النصوص المحال إليها؛ يترتب عليه إلغاء النصوص المحيلة ذاتها[2].

---

[1] أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 173.

[2] راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 421-422.

المطلب الثالث

تفسير القاعدة القانونية

تفسير القاعدة القانونية من المواضيع المهمة التي ينبغي للمرء الاعتناء بها في معرض دراسته لمنهجية تحليل النص القانوني (تحليل القاعدة القانونية / تحليل نص المادة)، والإلمام بهذا الموضوع يتطلب دراسة موضوعات من قبيل: أنواع التفسير (الفرع الأول)، مدارس التفسير (الفرع الثاني)، طرق التفسير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أنواع التفسير

يقصد بالتفسير: « توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما اقتضب من نصوصه؛ وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة»[1].

وتبرز أهمية التفسير من عدّة نواحي؛ أهمها: الأولى؛ أن التفسير عملية تسبق التطبيق وعليه يتعذّر تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض من الصعب الاهتداء إليه. الثانية؛ عملية التفسير تتحكم في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها. فإذا فسرت بمفهوم واسع مثلا فإنها ستحوي بين ثناياها وقائع كثيرة، وخلاف ذلك إذا تم تفسيرها تفسيرا ضيّقا محدودا فإنها ستقتصر على وقائع دون أخرى. والثالثة؛ أن التفسير وإن كان بحسب وجهة نظر كثير من رجال الفقه يقتصر على التشريع انطلاقا من فكرة أن القواعد التشريعية عادة ما تأتي بأسلوب مختصر قد يؤثر على فهم المعنى القصود، إلا أنه يمتد لتفسير قواعد العرف بل وأحكام القضاء[2].

ويجري في الفقه تقسيم أنواع التفسير بحسب السلطة المشرفة عليه إلى: التفسير التشريعي (أولا)، التفسير القضائي (ثانيا)، التفسير الفقهي (ثالثا).

---

[1] محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي)، بدون طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق – بغداد، 1982، ص 11.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 218.

أولا: التفسير التشريعي: Interpretation Legislative

وهو التفسير الذي يتولاه المشرع نفسه ليبيّن حقيقة ما قصده من تشريع سابق، إذا ظهر له أن المحاكم لم تهتد إلى هذا القصد أو لاحظ بأنها فهمت التشريع على نحو يتفادى مع المعنى المقصود منه أو بغير جوهره الحقيقي. إن هذا النوع من التفسير يعتبر تطبيقا لمبدأ عام ساد القوانين القديمة مفاده أن من يملك إصدار التشريع يملك تحديد مضمونه وتفسيره.

إلا أن هذا المبدأ أخذ ينكمش في التطبيق بحيث يندر أن يلجأ المشرع في الحاضر إلى إصدار تشريع يفسر تشريعا سابقا، وإنما يترك أمر تفسيره للفقه والقضاء، والحق أن التفسير يعتبر من مهام القضاء والفقه وليس من واجبات المشرع. لأن مهمة المشرع الأساس هي صوغ القوانين لا تفسيرها. وإذا وجد المشرع عيبا في تشريع سبق أن أصدره فيستحسن أن يلجأ إلى إصدار تشريع جديد يعدّل أو يغير به أحكام القانون المعيب بدلا من اللجوء إلى إصدار تشريع مفسر.

ويتميز التفسير التشريعي بخاصيتين هامتين، الأولى؛ أنه تفسير ملزم للمحاكم باعتباره تشريعا من ناحية، وبوصفه جزءًا لا يتجزأ من التشريع موضوع التفسير من ناحية أخرى. والثانية؛ أنه يسري على الماضي أي ينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره وعلى القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها[1].

ثانيا: التفسير القضائي: Interpretation Judiciaire

تفسير القانون هو من صميم عمل القضاة؛ فوظيفة القضاة تقتصر عادة على تطبيق القانون. ولا يمكن تطبيق القانون قبل تفسيره. وهذا النوع من التفسير هو الذي يتبادر إلى الأذهان إذا ما أطلق مصطلح التفسير.

ويتميز التفسير القضائي بأنه غير ملزم. فإذا فسَّرت محكمة معينة نصا من نصوص القانون على وجه معيّن، فإنها لا تلتزم بهذا التفسير في الدعاوى المماثلة التي ترفع إليها فيما بعد. ولا تتقيد

[1] محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 15.

المحاكم الأخرى بهذا التفسير[1]. ولو كانت أقل منها درجة. باستثناء الاجتهادات القضائية الصادرة عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا ومجلس الدولة[2].

وفي الجزائر نص الدستور في مادته 179 على أن المحكمة العليا تمثل الهيئة المقوِّمة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. فيما يمثل مجلس الدولة الهيئة المقوِّمة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية. وأنهما معاً يضمنان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

وحتى يتسنى لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة تقويم أعمال الجهات القضائية التابعة لكل منهما؛ نصت المادة 05 من القانون العضوي رقم 11-12 المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها المشار إليه أدناه؛ على أنه: (تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها وكذا التعليقات والأبحاث القانونية والقضائية)، وتقابلها المادة 08 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدّل والمتمم؛ المشار إليه أدناه. والتي تنص على أنه: (ينشر مجلس الدولة قراراته ويسهر على نشر كل التعاليق والدراسات القانونية.).

وتطبيقا لهذين النصين؛ صدر على التوالي: المرسوم التنفيذي 12-268 المؤرخ في 23 جوان 2012، يحدد شروط وكيفيات نشر القرارات والتعليقات والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا[3]. الذي أكدت مادته الثانية أن النشر يكون بواسطة مجلة هي مجلة المحكمة العليا. وجاء في المادة 06 منه أن المجلة – بالرغم من أن لها سعر– توزع مجانا على القضاة وعند الاقتضاء على مؤسسات

---

[1] أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 742. محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 17. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 266-267.

[2] حيث إن الاجتهادات القضائية التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة والصادرة عن الغرف المجتمعة تكون ملزمة لباقي الغرف ولدرجات التقاضي الدنيا، وإذا ما أرادت المحكمة العليا أو مجلس الدولة اتخاذ قرار من شأنه أن يغيّر أو يشكل تراجعا عن اجتهاد قضائي فإن ذلك لا يكون إلا بالغرف المجتمعة؛ وبالإجراءات التي نصت عليها المادتين 18 و19 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، مؤرخة في 31 جويلية 2011. والمادتين 31 و32 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، مؤرخة في 01 جوان 1998. المعدّل والمتمم.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 12-268 المؤرخ في 23 جوان 2012، يحدد شروط وكيفيات نشر القرارات والتعليقات والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39، مؤرخة في 01 جويلية 2012.

الدولة والجامعات ومراكز البحوث. وكذا المرسوم التنفيذي رقم 01-413 المؤرخ في 19 ديسمبر 2001 يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة وتنظيمها وسيرها[1].

ثالثا: التفسير الفقهي: Interpretation Doctrinale

إن التفسير الفقهي هو الذي يقوم به شراح القانون وفقهاؤه، ويتجلى من خلال مؤلفاتهم ومقالاتهم وأبحاثهم، وهو من دون شك أوسع صور التفسير لأنه لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء، وإنما يقوم الفقيه بتفسير القواعد القانونية بقصد استخلاص مبادئ عامة تحكمها، أو وضع نظريات تعتبر هذه القواعد تطبيقا لها. ويتم هذا التفسير بطابع علمي نظري بعيدا عن مقتضيات الحاجة العملية التي يأخذها القاضي عادة بعين الاعتبار في التفسير.

وإذا كان الفقيه في الغالب لا ينطلق من مشكلة عملية محددة وإنما يتصور المشاكل التي قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، إلا أنه يستهدف في ذلك تأمين أفضل الحلول لمسائل واقعية أو متصورة. وكثيرا ما يصدر التفسير عنه بمناسبة حكم أو أحكام قضائية صدرت متضمنة تفسيرا لنصوص تشريعية، ويرى الفقيه مخالفة التفسيرات التي اشتملت عليها الأحكام لمعاني النصوص فيعلق عليها برأي مخالف لما تضمنته تلك التفسيرات. كما لا يخلو عمل الفقيه من المقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية وأحكام القضاء المقارن.

إذن فالفرق بين القاضي والفقيه هنا؛ أن الفقيه يمارس التفسير بصورة حرّة ومجرّدة وبأساليب متنوعة أثناء شرحه أحكام القانون في بحث أو كتاب أو محاضرة أو فتوى، أما القاضي فإنه يقوم بالتفسير بصورة رسمية ومحدودة عند نظره في القضايا المعروضة عليه.

ولا تعني تلك الفوارق بين التفسير القضائي والفقهي أنهما يختلفان من حيث الجوهر، فهما في الحقيقة متفقان من حيث الجوهر وإن اختلفا من حيث الطابع والنطاق. وإذا كان التفسير الفقهي يتميز بالطابع النظري والنطاق الواسع خلافا للطابع العملي والمجال المقيد بالنزاع في التفسير القضائي، إلا أن كلا من الفقيه والقاضي يلتزم بأساليب علمية واحدة؛ هذا فضلا عن التأثير المتبادل فيما بينهما.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 01-413 المؤرخ في 19 ديسمبر 2001، يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 19 ديسمبر 2001.

فالقاضي يستنير بآراء الفقهاء في تفسيره والفقيه يتأثر عند إبداء آرائه بالحلول القضائية. وكل منهما يعين الآخر في تلافي عيوب النصوص عن طريق تفسيرها[1].

الفرع الثاني

مدارس التفسير

أفرز البحث الفقهي ثلاث مدارس في تفسير النصوص القانونية؛ وفيما يلي عرض لتلك المدارس وآراء أصحابها؛ يليه بيان لموقف المشرع الجزائري منها على النحو الآتي: مدرسة الشرح على المتون (نظرية الإلزام بالنص) (أولا)، المدرسة التاريخية (الاجتماعية) (ثانيا)، مدرسة البحث العلمي الحر (ثالثا)، موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير (رابعا).

أولا: مدرسة الشرح على المتون (نظرية الإلزام بالنص)

تكونت هذه المدرسة في ظل تقنين نابليون وسحره، فقد أحيط هذا التقنين سنة 1804م بقدر كبير من التقديس وساد الاعتقاد بأنه احتوى كل ما يلزم من قواعد لمواجهة مشاكل الحياة. والحق أنه استطاع بجهد عملاق مركز أن يستوعب ما كان سائدا من التشريعات والأعراف والتقاليد وأحكام القضاء في فرنسا، ويعيدها إلى الأمة الفرنسية في قالب جديد من صيغ تشريعية محكمة ودقيقة[2].

ونظرا للاعجاب بضخامة الجهد الذي بذل في وضع هذه التقنينات وما صاحب ذلك من حرص على أن تجيء أدنى إلى الكمال؛ أخذ شراح ذلك الزمان ينظرون إلى تلك التقنينات على أنها أعظم ثمرة للعقل الإنساني وخير تجسيد لعبقرية أمة عظيمة، ورأوا فيها نظاما قانونيا متكاملا حوى القانون بأكمله، فقصروا همهم على دراسة نصوصه متنا متنا وكلمة كلمة، بل تقيدوا في عرض القانون وشرح موضوعاته المختلفة بترتيب نصوص تلك التقنينات وأرقام موادها وهذا أصل تسمية المدرسة بأنها مدرسة الشرح على المتون[3].

---

(1) أنظر: محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 18-20.
- Voir aussi: Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Op. Cit, P 189-192.

(2) محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 170.

(3) طاهري بلخير، "مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد السادس عشر، جامعة وهران 1، الجزائر، ماي 2012، ص 301-302.

وتقوم مدرسة الشرح على المتون على ثلاث مرتكزات، أولها؛ تقديس النصوص التشريعية والتقيد بها، واعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون.

ثانيها؛ أن التفسير يجب أن لا يتعدى حدود البحث عن إرادة المشرّع الحقيقية منطلقين من أساس مفاده أن المشرّع يحسن استخدام اللغة، وأنه يستخدم الألفاظ في معانيها الصحيحة. لذا لابد أن يقتصر التفسير على تقريب النصوص بعضها ببعض، وإذا وجد تعارض بين نصين؛ فلابد من رفع هذا التعارض إما باكتشاف أن كل نص منهما يواجه فرضا مختلفا، أو باكتشاف أن أحد النصين استثناء من الآخر، أو أن النص اللاحق ألغى السابق. إذا لا يجوز بحسبهم أن ينسب للمشرع تناقض في إرادته.

وإذا كان النص غامضا بحيث لا يجدي التفسير اللغوي في إجلاء معناه وجب الرجوع للظروف التي أحاطت بوضع التشريع كالأعمال التحضيرية والأسباب التاريخية لصدوره، وإذا لم يكن هناك سبيل للتعرف عن الإرادة الحقيقية للمشرع فيجب البحث عن إرادته المفترضة عن طريق اللجوء إلى اعتبارات العدالة والمصلحة التي تكون قد وجهت هذه الإرادة إلى إصدار هذا التشريع[1].

أما ثالث ركيزة فهي أن إرادة المشرع التي يتعيّن البحث عنها هي إرادته عند وضع النص لا عند تطبيقه. وليس للقاضي في جميع الأحوال أن يدعي بعجز النصوص لأنه إن لم يصل إلى جميع الحلول لكل القضايا فليس الذنب ذنب النصوص بل ذنبه هو إذ لم يحسن التفسير[2].

ولم تسلم هذه النظرية من النقد فكان أبرز نقد وجِّه إليها هو اعتبارها أن التشريع مصدرا وحيدا للقانون؛ في حين أننا سبق وبيّنا أعلاه – في معرض الحديث عن مصادر القانون – أن للقانون مصادر أخرى غير التشريع حددتها المادة الأولى من القانون المدني وهي: مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. يضاف لذلك أن البحث عن الإرادة المفترضة يفتح باب التأويل ويسوقنا للخروج عن قصد المشرّع.

(1) راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 750-752.

(2) طاهري بلخير، المرجع السابق، ص 302.

ثانيا: المدرسة التاريخية (الاجتماعية)

يقوم مذهب هذه المدرسة على أساس إنكار أن القانون يستمد قوته الملزمة من إرادة الدولة. وترى أن النصوص التشريعية تنفصل بعد وضعها عن إرادة المشرع الذي وضعها ويصبح لها كيان ذاتي ولذلك يجب تفسيرها تفسيرا موضوعيا لا يُنظَر فيه إلى قصد المشرع منها وإنما إلى ظروف المجتمع وحاجاته وقت التفسير، فكأن أصحاب هذه النظرية يريدون القول بأن على المفسر أن يكيِّف النص ويطوّعه حسب درجة التطور الذي يشهده المجتمع.

والنقد الموجه لهذه النظرية هو إهمالها لإرادة المشرع وإعطاء المفسر قاضيا كان أو فقيها سلطات واسعة في التفسير تؤدي للخروج عن الإرادة الحقيقية للمشرّع وسيطرة القاضي على التشريع وفهمه وفقا للرأي الشخصي بحجة التفسير [1].

ثالثا: مدرسة البحث العلمي الحر

تعارض هذه المدرسة بشدة فكرة الكمال المنطقي للقانون المكتوب، ومؤداها أن القانون المكتوب نتاج العقل البشري وإرادته المحدودة وأنه لا يمكن أن تستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة وغير المحدودة، ولذلك يضطر القاضي أحيانا إلى الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة كي لا يتنصل عن إصدار الحكم فيؤاخذ على تنصله.

وبحسب هذه المدرسة فإنه يجب الوقوف بإجلال كبير أمام النص التشريعي واعتباره مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته، أو المراوغة في فهمه أو تشويه معناه. وينبغي أن يقتصر التفسير على محاولة التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع لحظة نشوء النص وليس إصلاحها أو تعديلها أو إخضاعها لأية ظروف اجتماعية أو أفكار مسبقة[2]. فإذا لم يؤد تفسير النص تفسيرا حقيقيا يقوم على احترام الإرادة الحقيقية للمشرع؛ إلى انطباقه على النزاع المعروض، وجب البحث عندئذ عن قاعدة قانونية في مصدر آخر من مصادر القانون كالعرف مثلا[3].

---

(1) أنظر: طاهري بلخير، المرجع السابق، ص 304-305. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 228-229.

(2) راجع: محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 203-204.

(3) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 756.

إن هذه المدرسة تمتاز بسلامة الأساس الذي قامت عليه، فهي تعتد بإرادة المشرع الحقيقية وتتجه إلى المصادر الرسمية غير التشريعية حيث لا توجد قاعدة في التشريع، وبذلك توفر للقانون من الثبات ما ينأى به عن التحكم ويضمن الاستقرار الواجب من التعامل، فإذا لم توجد قاعدة في هذه المصادر جميعا كان لا مناص من استلهام المادة الأولية للقانون عن طريق الاجتهاد.

فالبحث العلمي الحر يجب أن يكون في ظل ضوابط معيّنة فلا يكون للمفسّر مطلق الحرية في الاجتهاد وإنما ينبغي عليه أن يراعي المقاصد العامة والحكمة التي تسود التشريع[1].

رابعا: موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير

جاء في المادة الأولى من القانون المدني: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوص في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.).

انطلاقا من هذا النص يتبيّن تأثر المشرع الجزائري نوعا ما بمدرسة الشرح على المتون؛ مشترطا على القاضي التقيّد بالنص التشريعي والبحث عن الإرادة الحقيقية من خلال تفسيره لألفاظ النص أو فحواه ومحاولة إنزاله على وقائع النزاع المعروض عليه. فإذا لم يهتد إلى الحل ليس له أن يبحث عن الإرادة المفترضة للمشرع كما يقول ذلك أنصار مدرسة الشرح على المتون.

كما يبدو تأثر المشرع الجزائري بمدرسة البحث العلمي الحر واضحا من خلال إعترافه بقصور التشريع ومن إتاحة مكنة الرجوع إلى مصادر أخرى كمبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف، بل والاعتراف للقاضي بالاجتهاد عن طريق إعمال قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

---

[1] طاهري بلخير، المرجع السابق، ص 307.

الفرع الثالث

طرق التفسير

لما كان النص القانوني حصيلة فكر واع ونتاج دراسة عميقة تهدف إلى ضبط موازين المجتمع، فإن ألفاظه تختار عادة بتأمل وروية لتعبِّر بصدق وروية عن إرادة المشرّع. ومن المعلوم أن قصد المشرع لا ينحصر في المعنى القريب للنص بل يشمل المعنى البعيد والعميق أيضا.

والواقع أن هناك طرقا متعددة ومتدرجة تستخدم في فهم التشريع. وهي ليست ملزمة للقاضي، وإنما له ملء الحق في أن يتبع أية وسيلة يراها مناسبة من وسائل التفسير، فالتفسير ليس عملية حسابية من شأنها أن تؤدي بالمفسر إلى نتيجة معيّنة إذا سلك طريقا معيّنا؛ بل هو عمل أساسه ذوق المفسّر وخبرته وعلمه[1].

ولطرق تفسير النص القانوني تقسيمات متعددة في الفقه؛ يمكن أن نتبنى التقسيم الذي يقوم على طبيعة النص إلى: تفسير النص السليم (أولا)، تفسير النص المعيب (ثانيا).

أولا: تفسير النص السليم

قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر بأنه متى كانت عبارة النص القانوني واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعدّ تعبيرا صادقا عن إرادة المشرّع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة القانون الواجب تطبيقه[2]. وعليه يتم فهم النص السليم من لفظه أو فحواه؛ أي استنادا على النص نفسه دون الاستعانة بعناصر خارجة عنه. ويشمل ذلك ما يلي: استخلاص معنى النص من خلال ألفاظه وعباراته، استخلاص معنى النص عن طريق الإشارة، استخلاص معنى النص عن طريق دلالته.

1- استخلاص معنى النص من خلال ألفاظه وعباراته

ويقصد به التقيّد بالمعنى الصريح الذي يتبادر إلى الذهن من أول وهلة، ويستدل عليه من ألفاظ النص مباشرة؛ ويطلق عليه المعنى الحرفي.

---

(1) محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 237.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في الطعن رقم 5615 لسنة 60 القضائية دستورية، الصادر بجلسة 1992/01/07. مشار إليه عند: سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 450.

وهذا المعنى الظاهر ينبغي التسليم به والخضوع له، ولا يجوز الاجتهاد في تفسيره. ومن أمثلته المادة 03 من القانون المدني (تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.)، وكذا المادة 01/28 من نفس القانون (يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده.).

والواقع أن التمسك المطلق والدائم بالتفسير الحرفي لم يؤيده أحد في الفقه أو القضاء، وإنما يكون الأخذ بهذا التفسير مقبولا عند مراعاة الاعتبارات التالية:

- عدم التقيد بألفاظ النص لفظا لفظا؛ وإنما يجب استخلاص المعنى من مجموع عباراته على هدي قصد المشرع منه. ويترتب على ذلك، أنه إذا جاء في النص لفظ في غير موقعه وجب على المفسر ألا يتقيّد به، وإنما يتحتم عليه أن يفسر النص في مجموعه على ضوء قصد المشرع الذي أراد أن يعبر عنه بمجموع ألفاظ النص.
- إذا كان للفظ معنيان؛ أحدهما اصطلاحي والثاني لغوي، وجب الأخذ بالمعنى الأول دون الثاني ما لم تظهر نية المشرع واضحة في الأخذ بالمعنى الأخير. ذلك لأن الأصل وجوب فهم الألفاظ وفقا لمعناها الدارج إلا إذا كان لها معنى فني خاص لا يطابق معناها الدارج مثل عبارات: وضع اليد، الانتفاع، حسن النية، القوة القاهرة، والغيْبة. وفي هذه الحال يجب فهم هذه العبارات وفقا لمعناها الاصطلاحي لأن المفروض أن المشرع عندما يستعمل ألفاظا معيّنة إنما يريد معناها الخاص لا معناها الدارج.
- النظر إلى أية قاعدة قانونية باعتبارها جزءًا من كل كامل هو التشريع. فينبغي أن تفهم عبارات التشريع في مجموعها دون الاكتفاء بفهم كل عبارة على حدة، أي عدم فصله عن النصوص التي تعالج وقائع مشابهة[1].

2- استخلاص معنى النص عن طريق الإشارة

وهو المعنى الذي لا يتبادر إلى ذهن المفسر لأول وهلة؛ بل يتعيّن إعمال الفكر للوصول إليه، فالمشرع لا يصرح بالمعنى ولكن يشير إليه بطريق الالتزام، أي أن المعنى الذي يدل عليه النص

---

[1] راجع: محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 244-247.

بعبارته يستلزم هذا المعنى الذي يشير إليه، فكانت دلالة اللفظ عليه بطريق الإشارة لا العبارة[1]. ومثال ذلك نص المادة 01/398 من القانون المدني: (إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.)، ففي هذا النص إشارة أن الإقرار اللاحق يصحح بيع ملك الغير.

3- استخلاص معنى النص عن طريق دلالته

في هذه الحالة لا يكون معنى النص واضحا من ألفاظه وعباراته، ولا عن طريق الإشارة، بل يتطلب الأمر جهدا من المفسّر للوصول إلى المعنى وذلك عن طريق الاستدلال قياسا، وهو على نوعين: القياس بمفهوم الموافقة والقياس بمفهوم المخالفة؛ مع ضرورة التنبيه أن القياس لا يصح إعماله في النصوص الجزائية لأن هذه الأخيرة تخضع لمبدأ الشرعية.

- القياس بمفهوم الموافقة

القياس بوجه عام إعطاء واقعة مسكوت عنها، حكم واقعة منصوص عنها، لاتحاد العلة في الواقعتين.

وأركان القياس ثلاثة: الواقعة المنصوص عليها وهي الأصل أو المقيس عليه، والواقعة المسكوت عنها وهي الفرع أو المقيس، والعلة وهي الوصف الموجود في كل من الأصل والفرع.

والقياس نوعان: الأول هو القياس العادي، وهو الذي تتساوى فيه العلة ما بين المقيس والمقيس عليه، والثاني هو القياس من باب أولى، وهو الذي توجد فيه العلة في المقيس بشكل أوضح مما هي موجودة في المقيس عليه[2]. وكلا النوعين يعتبر قياسا بمفهوم الموافقة.

ففي القياس العادي تكون العلة واحدة في الحالة التي صدر نص بشأنها والحالة المسكوت عنها. ونظرا لتوافر العلة بنفس الدرجة يكون لزاما إعطاء الحالة المسكوت عنها نفس حكم الحالة المنصوص عنها. ومثاله نص المادة 993 من القانون المدني، والتي تعطي لبعض الديون حق الامتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار، ومن ضمنها النفقة المستحقة في ذمة المدين

---

(1) سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 453.

(2) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 764-765.

لأقاربه عن الأشهر (6) الستة الأخيرة. وبالرغم من أن النص لم يذكر نفقة الزوجة إلا أنه يجوز قياسها على نفقة الأقارب لتوافر نفس العلة.

أما في القياس من باب أولى فإن العلة تكون أظهر وأوضح في الحالة المسكوت عنها؛ من العلة في الحالة المنصوص عنها؛ لذا يكون من باب أولى أن نعطيها ذات الحكم. ومن قبيل ذلك نص المادة 198 من القانون المدني والتي تنص على أنه: (إذا أُبرِم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري.)، وعليه طالما أن المشرع أجاز لدائني المتعاقدين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري بشرط توافر حسن النية؛ يكون من باب أولى لهم أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي بذات الشروط.

- القياس بمفهوم المخالفة

في القياس بمفهوم المخالفة تُعطى حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة أخرى منصوص عليها. ومثاله نص المادة 369 من القانون المدني التي تنص على أنه: (إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لايد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع.)، فهذا النص يدل على أن تبعة الهلاك بعد التسليم تقع على عاتق المشتري.

ثانيا: تفسير النص المعيب

في هذه الحالة يكون النص غير واضح لوجود عيب فيه؛ كالخطأ والغموض والنقص وتعارض الأحكام. ويكون تفسيره بالرجوع للنص الفرنسي أو الأعمال التحضيرية أو المصادر التاريخية أو بمحاولة التقريب بين النصوص أو بالبحث عن حكمة المشرّع ونيّته.

1- حالات النص المعيب

يعتبر من قبيل العيوب في النص القانوني؛ الخطأ والغموض والنقص وتعارض الأحكام. وهو ما نتناوله بإيجاز في الآتي:

- الخطأ

والخطأ المقصود يكون ماديا أو معنويا، والخطأ المادي هو الخطأ الذي لم يقصده المشرع ويتمثل في سقوط أو زيادة حرف أو كلمة أو أكثر بما يخل بالمعنى المقصود. والخطأ المعنوي يتمثل

فيما يسمّى بأخطاء القلم بأن توضع كلمة لا يقصدها المشرّع حقيقة في غير موضعها فيترتب عن ذلك اختلال المعنى المقصود بداية[1].

ومن قبيل الأخطاء المادية نص المادة 114 من القانون 90–10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 والمتعلق بالنقد والقرض المعدّل والمتمّم (ملغى)[2]، جاء فيها: (البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد من 110 إلى 113 من هذا القانون.)، والأصوب هو (مهنتها) وليس (مهمتها)، فالبنوك تمارس مهنة لا مهمة، ويظهر ذلك من خلال النص الفرنسي (a titre de profession).

ومن قبيل ذلك أيضا نص المادة 454 من القانون المدني التي تنص على أن: (القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.)، فعبارة (نص) في هذه المادة خطأ والأصوب عبارة (اتفاق) لأن المنع موجه للأفراد وليس للمشرع.

أما الخطأ المعنوي فمن أمثلته نص المادة 01/22 من القانون المدني: (في حال تعدد الجنسية يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.)، فمصطلح (الحقيقية) في هذا النص في غير موضعه ويوحي بأن للشخص جنسيتان أو أكثر واحدة حقيقية وما عداها غير حقيقي أي مزوّر أو غير صحيح. والقصد إذن هو (الفعلية)؛ أي التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها وإن كانت جميع الجنسيات قانونية وصحيحة.

– الغموض

يحصل الغموض حين يستخدم المشرّع ألفاظا ومصطلحات حمّالة أوجه؛ بحيث يكون للفظ الواحد أكثر من معنى. ومن ذلك استخدام المشرّع عبارة (الليل) كأحد ظروف التشديد في جرائم السرقة. هل المقصود بها المعنى الفلكي بين غروب الشمس وشروقها أم الفترة التي يسود فيها الظلام فعلا؟ والقصد هو المعنى الثاني.

– النقص

---

(1) سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 464.

(2) القانون رقم 90–10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 18 أفريل 1990، المعدّل والمتمّم. (ملغى).

يحصل النقص حين يغفل المشرّع لفظا، ويصعب مع هذا الإغفال استخراج الحكم المقصود. ومثاله نص المادة 124 من القانون المدني قبل تعديلها والتي كانت تنص (كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.)، فالنص سقطت منه عبارة (بخطئه) مما يخل بالمراد من النص. وهو قيام المسؤولية على أركان ثلاث: الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

- تعارض الأحكام

أي أن يكون هناك تناقض بين حكمين أو أكثر، سواء وقع التناقض بين الأحكام في نفس التشريع أو بين تشريع وآخر. فإذا كانت التشريعات المتعارضة من درجات متفاوتة وجب تغليب التشريع الأعلى على الأدنى، وإذا كانت من نفس الدرجة ومتفاوتة التواريخ أمكن تطبيق قاعدة اللاحق يلغي السابق. فإذا كانت متحدة في الدرجة والتاريخ وجب التوفيق بينها وفقا لقواعد التفسير.

ومن أمثلة التعارض ضمن نفس التشريع ما كان حاصلا بين نصي المادة 42 و43 من القانون المدني؛ أين نصت الأولى على أنه: (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.)، في حين نصت الثانية على أنه: (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.)، ووجه التعارض أن النص الأول يعتبر المعتوه عديم الأهلية، فيما يعتبره النص الثاني ناقص الأهلية. وقد تدارك المشرّع هذا التعارض إثر التعديل الحاصل سنة 2005 مستبدلا عبارة (أو معتوها) بعبارة (أو ذا غفلة) في نص المادة 43.

ومن أمثلة التعارض بين أحكام تشريع وآخر؛ نص المادة 71 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم[1]. والتي تؤكد على أن المؤسسات المالية لا يمكنها تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها. وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى. ونص المادة 04/04 من القانون 05-01 المؤرخ في 06 فيفري

(1) الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003. المعدّل والمتمّم.

2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما المعدّل والمتمّم[1] والتي عرّفت المؤسسة المالية بأنها: (كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس لأغراض تجارية نشاطا أو أكثر من الأنشطة أو العمليات الآتية باسم ولحساب الزبون: تلقي الأموال والودائع الأخرى القابلة للاسترجاع، ....، إصدار كل وسائل الدفع وتسييرها....).

فالتعارض واضح هنا لأن ما منعه النص الأول – قانون النقد والقرض – عن المؤسسة المالية أباحه لها النص الثاني – قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما –، والواقع أن قصد المشرع في النص الثاني لم يكن تعريف المؤسسة المالية بمفهوم قانون النقد والقرض؛ بل الهيئات والمهن المالية؛ وهو ما يتضح من النص الفرنسي للمادة حيث استخدم عبارة (Institution financière) وليس عبارة (établissement financière)، فضلا عن كونه يرى في النص الثاني أن المؤسسة المالية كل شخص طبيعي أو معنوي، في حين أنها لا تكون إلا شخصا معنويا وفقا لمقتضيات المادة 83 من قانون النقد والقرض سالف الذكر، وقد سبق لنا تناول هذا التعارض تفصيلا في موضع آخر[2].

2-طرق تفسير النص المعيب

قصد الوصول لتفسير النص القانوني المعيب؛ يتم الاستعانة بالنص الفرنسي، أو بالأعمال التحضيرية، أو المصادر التاريخية، وكذا السعي للتقريب بين النصوص، والبحث عن حكمة المشرّع ونيّته.

– الرجوع للنص الفرنسي

ما تزال الترجمات الفرنسية الرسمية للنصوص القانونية العربية القديمة تمثل مدخلا للتعرف على القصد الحقيقي للمشرّع، وإن كانت هذه الوسيلة قد أخذت تفقد أهميتها بعد أن أصبحت لغة التشريع

---

[1] القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، مؤرخة في 09 فيفري 2005. المعدّل والمتمّم.

[2] راجع: ميلود بن حوحو، شركات الرأسمال الاستثماري كبديل للتمويل المصرفي (دراسة مقارنة بنظام المشاركة في الفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الأيام، الأردن – عمّان، 2021، ص 43-45.

هي اللغة العربية[1]. وإذا كان هذا القول يصح على دول أخرى؛ فإنه ليس كذلك بالنسبة للجزائر. حيث مازال للنص الفرنسي أهميته في إدراك معنى النص وتفسيره. والدليل على ذلك ما سقناه من الأمثلة أعلاه. التي يظهر منها كيف يكون النص الفرنسي مسعفا للمفسر في فهم النص المعيب.

- الرجوع للأعمال التحضيرية

وتعتبر الأعمال التحضيرية من أهم طرق التفسير التي يستعين بها المفسّر لمعرفة قصد المشرع من النص المعيب، ويقصد بها مجموعة الأعمال التي سبقت أو عاصرت صدور التشريع ومنها نص مشروع أو اقتراح القانون، عرض أسبابه، المذكرات الإيضاحية ومختلف التقارير كالتقرير التمهيدي والتقرير التكميلي[2].

وإذا كان من المفيد الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتعرف على إرادة المشرع؛ إلا أنه ينبغي الحذر في الالتجاء إليها لأن ما يرد فيها قد يعبّر عن رأي شخصي أو اجتهاد فردي لأحد المشتركين في وضع التشريع[3].

- الرجوع للمصادر التاريخية

يمكن الرجوع إلى الأصل التاريخي للنص المعيب المراد تفسيره لتبين حقيقة قصد المشرع منه، والمقصود بالمصدر التاريخي؛ القانون الذي استقى منه المشرع أحكام النص الغامض. فيتم الرجوع إلى القانون الفرنسي إذا كان النص مأخوذا عنه، أو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بالنسبة للقوانين المشتقة منها كقانون الأسرة وقانون الأوقاف.

- التقريب بين النصوص

يستطيع المفسر استجلاء مضمون النص المعيب عن طريق المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي ألفاظ النص، أو تقريب النص الغامض من النصوص الأخرى خصوصا إذا كانت

---

(1) سعيد أحمد بيومي، المرجع السابق، ص 467.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 282.

(3) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 766.

تتعلق بتشريع واحد، ويمكن إجلاء غموض التشريع بتقريبه من نصوص تشريع آخر متى كانا من نفس الموضوع[1].

– البحث عن حكمة المشرع ونيّته

لكل نص قانوني هدف يسعى إليه، يمثل الحكمة من وضعه، فحكمة التشريع هي الباعث على سنه والغرض الذي يبتغى المشرع تحقيقه، وهي سبب وجود التشريع وغايته المباشرة، تتجلى عادة في مصلحة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو خلقية. ومعرفة تلك الحكمة من أهم ما يستعان به لفهم النصوص القانونية وتطبيقها على الواقع[2].

المبحث الثاني

الجانب العملي في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)

البحث العلمي عملية ديناميكية ونهج عقلاني يسمح بفحص الظواهر والمشكلات التي يتعيّن حلها والحصول على إجابات دقيقة لها؛ تتميز هذه العملية بحقيقة أنها منهجية وصارمة وتؤدي إلى اكتساب معرفة جديدة[3].

ففي المجال القانوني تعدّ منهجية تحليل نصوص المواد القانونية ذات أهمية بالغة؛ وهي مهارة لا غنى للطالب أو الباحث القانوني عنها. تمكِّنه من إدراك قصد المشرِّع على نحو صحيح بل وتصويب ما قد يقع فيه هذا الأخير من أخطاء.

جدير بالذكر أن هناك اختلافا بين الشرّاح حيث يذهب بعضهم إلى استخدام مصطلح تحليل النص القانوني، ويستعمل آخرون عبارة التعليق على النص القانوني، وهذا ما يثير التساؤل عمّا إذا كان هناك ثمة فرق بين تحليل النص والتعليق عليه، أي بمعنى هل أن التعليق على النص هو ذاته تحليل النص أم أنه يحمل معناً آخر؟

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 280-281.

[2] محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 262-263.

[3] Assie Guy Roger, Kouassi Roland Raoul, Cours D'initiation a la Methodologie de Recherche, Ecole Pratique de la Chambre de Commerce et D'industrie, Cote d'Ivoire - Abidjan, Sans date, P 03.

يقصد بتحليل النص تفكيكه وتجزئته إلى العناصر الأساسية التي يتألف منها ومن ثم بيان أجزائه ومكوّناته، في حين ينصرف معنى التعليق على النص القانوني إلى محاولة تفسير وتوضيح موضوع النص بقدر من الحرية وبالأسلوب الذاتي لمقدِّم التعليق. ومن خلال ما تقدم يتبيّن أن التعليق على النص القانوني لا يمكن أن يكون محل ثقة واعتبار ما لم يستند إلى تحليل مسبق وسليم للنص القانوني مما يجعل التحليل السليم والدقيق للنص يبدو وكأنه مشروع تعليق غير مكتمل الأبعاد والملامح للنص القانوني.

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول بأن تحليل النص والتعليق عليه كلاهما وسيلة لدراسة النص القانوني، غير أن التحليل يمثل الصورة التي تعكس حالة النص كما هو، أما التعليق فإنه يعدّ بمثابة الصورة الطليقة التي تعكس رأي المعلق على النص[1].

وفي الإطار الأكاديمي فإن استعمال عبارة تحليل النص القانوني لا يقصد منها بالضرورة الاقتصار على تحليل النص بالمعنى الضيق، بل يجب أن تفهم في إطارها التعليمي والتوجيهي؛ أي تزويد الطالب بالأدوات اللازمة من أجل دراسة وفهم النص القانوني عبر منهج معيّن. بعبارة أخرى فإن تحليل النص القانوني لا يعني استبعاد التعليق بل جل ما يعنيه هو إقامة التعليق على أساس دقيق وسليم[2].

غير أني أفضل استخدام مصطلح التحليل عندما يتعلق الأمر بالنص القانوني؛ ومصطلح التعليق حين يتعلق الأمر بالحكم أو القرار القضائي. وإن كان الطالب أو الباحث يمارس الأمرين معاً – التحليل والتعليق – سواء تعلق الأمر بالنص القانوني أو الحكم والقرار القضائي.

ومن خلال هذا المبحث نتطرق للجانب العملي في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة) وذلك ببيان المراحل العملية في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة) (المطلب الأول)، ثم مثال تطبيقي (تحليل نص المادة 416 من القانون المدني) (المطلب الثاني).

---

(1) عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 20.

(2) حلمي محمد الحجّار، راني حلمي الحجّار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2010، ص 514.

المطلب الأول

المراحل العملية في تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)

يرتكز تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة) على مرحلتين تُعرف الأولى بالمرحلة التحضيرية أو مرحلة التعرف على النص شكلا وموضوعا، ثم مرحلة مناقشة النص وتقويمه.

وفيما يلي نتناول: المرحلة التحضيرية (مرحلة التعرف على النص) (الفرع الأول)، ثم مناقشة النص وتقويمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المرحلة التحضيرية أو مرحلة التعرف على النص

تعدّ المرحلة التحضيرية أو مرحلة التعرف على النص مقدمة عملية تحليل النص القانوني؛ وفيها يتم تناول التحليل من جانبين أحدهما شكلي والآخر موضوعي على النحو الآتي:

أولا: التحليل الشكلي

يقصد بالتحليل الشكلي أن يشير المعلق إلى كل العناصر التعريفية التي من شأنها تحديد الهوية الشكلية للنص القانوني؛ ومنها هوية النص، وبنيته، وغايته؛ كالتالي:

1- هوية النص

في هذه المرحلة يتعيّن على الطالب أو الباحث بيان مكانة النص القانوني في الهرم التدرجي للتشريع؛ فيما إذا كان نصا من الدستور، أو نصا من معاهدة دولية مصادق عليها من طرف الجزائر أم لا، أو نصا من قانون عضوي أو قانون عادي، أو نصا من مرسوم رئاسي أو تنفيدي ...إلخ.

كما ينبغي أيضا بيان تاريخ صدور النص، وتاريخ سريانه، وما لحقه من تعديلات، وإن كان للنص ظروف استثنائية كانت سببا في صدوره كالقوانين التي تصدر لمواجهة ظرف معيّن وجب الإشارة إليها. فضلا عن تحديد موقعه (رقم المادة، رقم القسم، رقم الفصل، رقم الكتاب).

2- بنية النص

وهنا يُنظر في بنية النص المطبعية واللغوية؛ فأما الأولى فتتجلى من خلال عدد الفقرات التي تضمنها النص محل التحليل، مع بيان من أين تبدأ وتنتهي كل فقرة. وأما الثانية فتظهر من خلال كيفية الصياغة والأسلوب المعتمد والمصطلحات المستخدمة.

3- غاية النص

لا يوضع النص القانوني عبثا؛ إنما يتوخى المشرع من وراء سَنِّه للنص هدفا معيّنا وهو بوجه عام حل مشكل قانوني يعترض الأشخاص في حياتهم، ولولا أن المشرّع يرى في وضع النص حلا لتلك المشكلات ما تبنّاه. كأن يكون في النص تعريف لتصرف ما أو بيان لأركانه وشروطه.

ثانيا: التحليل الموضوعي (تحليل مضمون النص)

وهنا يقوم الطالب أو الباحث بتحليل محتوى أو مضمون النص، والمقصود من ذلك هو التوصل إلى معرفة روح النص نفسه أي ما يرمي النص إلى تحقيقه، ويكون ذلك بإبراز القاعدة القانونية من ثنايا النص نفسه. وذلك من خلال القراءة العميقة المتأنية مع وضع المعلّق خطوطا تحت الكلمات التي تعدّ معبّرة عن القاعدة القانونية التي يوجب النص الالتزام بها، أو قد يعبّر هذا الأخير عن عدّة قواعد قانونية في آن واحد. فتدرس وتحلل فرضيات كل قاعدة قانونية على حدة، من أجل معرفة واستيعاب الوقائع المادية المشمولة بهذه الفرضيات، وبعدها يتم تعيين الحكم أو الأثر المقرر لها، الذي يمثل الحل القانوني المترتب لهذه القاعدة[1].

وعليه فإن تحليل مضمون النص القانوني يؤدي إلى معرفة الحكم الذي يقرره النص في حق وقائع معيّنة إذا توافرت شروط محددة. كالحكم بالإبطال أو الفسخ بالنسبة للتصرفات المدنية بطبيعتها، أو الحبس بالنسبة للأفعال ذات الطبيعة الجزائية. وقد يكون محل النص تعريفا كأن يعرّف البيع أو الشركة مثلا؛ بحيث أن توافر عناصر ذلك التعريف في تصرف ما تجعل منه بيعا أو شركة ... ونحو ذلك، وأهم ما في هذه المرحلة الوصول إلى تحديد الإشكالية وخطة المناقشة.

---

[1] عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، الطبعة الثانية، دار النمير، سوريا – دمشق، 2004، ص 138-139.

1- تحديد الإشكالية

الإشكالية هي نقطة الارتكاز الأساسية لأي بحث وفيها تتضح معالم المشكلة ومنها يعرف القارئ ماذا يأمل الباحث من بحثه، والبحث الذي يخلو من الإشكالية هو بحث غير جدير بصفة العلمية لأن نقطة الارتكاز الأساسية التي يدور حولها أي بحث علمي هي مشكلة أو تساؤل يتطلب حلا أو جوابا. وطرح الإشكالية على شكل سؤال يعني أن جواب السؤال هو غاية البحث، لذلك تساعد الصياغة في تحديد الهدف الرئيسي للبحث.

وعلى الطالب التأني في استعراض ألفاظ وعبارات الموضوع المطروح، من أجل حصر الإشكالية العلمية التي يتبلور حولها الموضوع. عدا عن أن تحديد السؤال الرئيسي مهم جدا للباحث فهو يحفظه من الضياع نتيجة ظهور آفاق جديدة[1].

وقد رأينا أن النص ليس معصوما من الخطأ والغموض والنقص وتعارض الأحكام – سواء في نفس التشريع أو بين تشريعين مختلفين –، وكلما كان الطالب أو الباحث قادرا على إدراك ذلك استنادا لتحليل المضمون والمعلومات القبلية حول الموضوع؛ أو ما تم جمعه من المصادر فيه. كلما كان أقرب للوقوف على الإشكالية التي يثيرها النص المراد تناوله بالتحليل.

2- خطة المناقشة

يقتضي وضع الخطة (ولو المبدئية) وجود تصور عام للموضوع والإحاطة بمجموعة الأفكار الرئيسية المتعلقة بهذا الموضوع وذلك استنادا على القراءة الأولية للمعلومات المحصلة، والتي ساعدت في استعراض الإشكالية أو الفكرة المحورية للنص.

وبذلك يتمكن الباحث من وضع خطة أولية كإطار لتقسيم مشتملات المسائل الداخلية في الموضوع المطلوب، ويشترط أن تكون الخطة خادمة للإشكالية المطلوبة أو المحورية للنص، ويترتب على ذلك ضرورة الربط بين إشكالية البحث وتقسيماته الرئيسة، ودون التطرق بالضرورة إلى جميع المسائل التي يتناولها، أي دون الدخول في تفاصيل الموضوع.

---

[1] صالح طليس، المرجع السابق، ص 140-141.

ولكن من أجل التوصل إلى التقسيم الرئيسي للموضوع لابد من تحديد المشتملات الأساسية للبحث، ويكون ذلك من خلال طرح مختلف التساؤلات التي يثيرها الموضوع محل الدراسة، وتمثل هذه التساؤلات العمود الفقري لخطة البحث.

هذا ويتفرع كل قسم رئيسي إلى تقسيمات فرعية وهذا بحسب ما تقتضيه طبيعة الموضوع، ونوعية الخطة المعتمدة في ذلك. والباحث هو سيد الموقف في اختيار الخطة الملائمة لموضوع البحث، ولكن يجب أن تكون مؤسسة على منهجية مقصودة للوصول إلى مسعى معيّن. وعادة إذا كان تحليل نص المادة القانونية عبارة عن بحث معد للنشر في إحدى المجلات العلمية المحَكَّمة يكون التقسيم واسعا من مبحثين مثلا. أما إذا تحليل نص المادة القانونية إجابة عن سؤال في امتحان أو مسابقة يكون التقسيم الضيق أفضل كمطلبين أو (أولا وثانيا).

ويعتبر تحقيق التوازن بين مختلف تقسيمات البحث دليلا على قدرة الباحث على طرح مجموعة المسائل التي يقتضيها تناول إشكالية البحث، وباعتبار إعداد خطة البحث تمثل جانبا هاما للقدرة الإبداعية للباحث، يصبح منطقيا أن مدى توفر التوازن النسبي بين أقسام البحث يكون ضابطا لتقييم البحث من بين ضوابط أخرى بطبيعة الحال.

ولكن لا يشترط اتباع تقسيم معيّن لأن ذلك مرده الأفكار الرئيسية التي يتضمنها الموضوع، وأيضا بالنسبة للتقسيمات الفرعية، ولكن ينبغي دائما الالتزام بالتواصل المنهجي للتقسيم. ويتحقق ذلك من خلال عنونة كل قسم من أقسام البحث، ومن هنا تأتي أهمية العناوين الجزئية وارتباطها بالإشكالية أو الفكرة المحورية للموضوع باعتبارها العنوان الرئيسي للبحث، ومدخل لمعالجة موضوع البحث.

ويجب أن يكون العنوان الرئيسي دالا على مشتملات الجزء الذي يتسمى به وهذا يفضي بالضرورة إلى أن يصبح العنوان الرئيسي الجزء الأكثر عمومية من عناوين فرعية، فتتواصل عناوين خطة البحث من العمومية إلى الخصوصية.

وهكذا يجب أن تكون هناك صلة عضوية بين العناوين الفرعية للجزء الواحد، وبينها جميعا وبين العنوان الرئيسي للجزء الذي يجمع بينها من جهة، وبين عناوين الأجزاء والعنوان العام للبحث من جهة

أخرى، وبهذا يتوصل الباحث إلى وضع خطة أولية والتي تمثل التقسيم الأساسي للبحث، ثم الانتقال إلى المرحلة الموالية[1].

الفرع الثاني

مناقشة النص وتقويمه

هذه المرحلة من الأهمية بمكان؛ وهي صلب الموضوع، فبعد التعرف إلى النص شكلا وموضوعا لابد من مناقشته وتقويمه من الوجهتين القانونية وغير القانونية على النحو الآتي:

أولا: تقويم النص من الوجهة القانونية

في هذه المرحلة يعمل الطالب أو الباحث على تقديم مساهمته الرئيسية في هذا النوع من البحوث، وذلك عن طريق اقتراح تقويم للنص من وجهة نظر القانون، وذلك من خلال علاقة النص موضوع البحث بغيره من النصوص القانونية السارية في الدولة، فيتساءل إذا ما كانت القاعدة القانونية موضوع التعليق متوافقة مع المبادئ العامة للقانون أم أنها تشكل خروجا عنها، فإذا كانت متوافقة معها، على الطالب أو الباحث أن يدعم رأيه بأمثلة. أما إذا كان مخالفا، فسيحاول أن يحدد هذا الاختلاف ويتعرف على أسباب ذلك، كما يتعيّن عليه أن يقدم رأيه فيما إذا كان هذا الاختلاف مقصودا أم لا[2].

ولا ينبغي أن تكون المناقشة في هذا الصدد مجرد نقل المعلومات بشكل سطحي؛ بل لابد أن يقوم الطالب أو الباحث بتقديم تحليل يمتاز بالعمق والموضوعية مع بيان الموقف الشخصي من الآراء المطروحة في المسألة لا مجرّد عرضها.

ثانيا: تقويم النص من الوجهة غير القانونية

وضع أي قاعدة قانونية تتحكم فيه مجموعة من الاعتبارات يحاول المشرّع مراعاتها عند وضعه للقاعدة القانونية، ويبرز بين الاعتبارات التي تحكم وضع القاعدة القانونية اعتباران رئيسيان: الاعتبار الأول هو مراعاة القاعدة لمبادئ العدالة والإنصاف، أما الاعتبار الثاني فهو اعتبار الاستقرار

---

(1) أنظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 178-179.

(2) عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله (تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني)، الطبعة الأولى، دار الشروق، فلسطين – رام الله، 2012، ص 155.

الاجتماعي حيث يضحي أحيانا باعتبارات العدالة لمصلحة الاستقرار الاجتماعي، فيجد المشرع أن المصلحة العامة تنشأ من مراعاة بعض الاعتبارات الاقتصادية أو الأمنية أو السياسية أحيانا، ومثال ذلك العفو العام الذي يصدر أحيانا أو في فترات معيّنة، فهو يمس بمبدأ العدالة ويراعي الاعتبارات الأخرى.

وعليه يتعيَّن على الطالب أو الباحث إبراز الاعتبارات التي راعاها المشرّع عند وضعه للنص، مع بيان الحل أو الحلول التي يحتملها النص بصرف النظر عن الاعتبارات القانونية التي حتّمت إصداره.

فإذا كان النص يحتمل أكثر من حل بيّنها الباحث مشيرا للحل الذي يعتبره الأفضل من بينها، وإذا كان النص لا يحتمل إلا حلا واحدا فيجب الإشارة إليه وإبداء الرأي فيه[1].

ثالثا: الفائدة العلمية من صدور النص

يتعيّن على الطالب أو الباحث أن يبيّن الفائدة من النص موضوع التحليل؛ أي مدى الحاجة إلى صدوره، وهنا نكون أمام فرضين: الأول؛ أن يكون النص صدر تعديلا لنص آخر ساري المفعول وهنا يتعيّن على الباحث أن يبيِّن مدى الحاجة إلى هكذا تعديل. والثاني؛ أن يكون نصا جديدا ينظم مسألة لم تكن محل تنظيم من قبل. وهنا أيضا يكون لزاما على الباحث بيان الظروف التي كانت سببا في الدفع بهذا النص إلى الوجود.

الخاتمة

الخاتمة هي آخر ما يكتب؛ وهي حصيلة البحث بأكمله ووصف له، ولا يعني ذلك أن تكون تلخيصا أو ترديدا لما تضمنه البحث، بل يجب أن تتضمن النتائج التي توصل إليها الباحث في ضوء مناقشاته وتحليلاته التي تضمنها صلب الموضوع.

لذلك ينبغي أن لا يكون في الخاتمة تهميش لأنها لا تتضمن أي حقائق جديدة غير تلك التي تضمنها صلب الموضوع.

---

[1] أنظر: صالح طليس، المرجع السابق، ص 294-295. حلمي محمد الحجّار، راني حلمي الحجّار، المرجع السابق، ص 520-521.

وأهم ما يجب أن يشير إليه الطالب أو الباحث في الخاتمة هو الإجابة صراحة عن الإشكالية التي كان قد طرحها في مقدمة بحثه، يلي ذلك ذكر جملة التوصيات التي يراد منها تقويم النص محل التحليل.

المطلب الثاني

مثال تطبيقي (تحليل نص المادة 416 من القانون المدني)

نتناول بالتحليل نص المادة 416 من القانون المدني والتي جاء فيها: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.).

مقدمة

عرّف المشرِّع الجزائري الشركة في نص المادة 416 من القانون المدني بقوله: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.).

وهو نص أدرج لأول مرة سنة 1975 بموجب الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، ولم يطرأ عليه سوى تعديل واحد. وفيما يلي تحليل لهذا النص وفقا للمنهجية القانونية

أولا: التحليل الشكلي

وسنتناول التحليل الشكلي بإيجاز من خلال النواحي التالية: هوية النص، بنية النص، غاية النص.

1- هوية النص

النص المعني هو المادة 416 من القانون المدني، الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، وبالرغم من التعديلات العديدة التي طالت القانون المدني؛ إلا أن تعديلا واحدا منها فقط مس نص المادة 416 وهو القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988.

ويقع هذا النص ضمن الفصل الثالث الذي عنوانه: "عقد الشركة"، من الباب السابع الذي عنوانه: "العقود المتعلقة بالملكية"، من الكتاب الثاني الذي عنوانه: "الالتزامات والعقود".

2- بنية النص

تتحدد بنية النص من خلال البناء المطبعي والبناء اللغوي، فأما البناء المطبعي فقد تضمن النص فقرتين؛ تبدأ الفقرة الأولى بكلمة: "الشركة عقد..." وتنتهي عند: "...منفعة مشتركة". بينما تبدأ الفقرة الثانية بكلمة: "كما يتحملون..." وتنتهي عند: "...عن ذلك".

وأما البناء اللغوي فقد استخدم المشرع الجزائري مصطلحات قانونية مثل: العقد، الشخص الطبيعي، الشخص الاعتباري...إلخ، وأخرى اقتصادية مثل: المال، النقد، الربح، الخسارة، الهدف الاقتصادي...إلخ.

3- غاية النص

يهدف المشرع الجزائري من خلال هذا النص لوضع تعريف جامع مانع للشركة مبيّنا بالأساس طبيعتها وأركانها، بحيث أن كل تجمع تنطبق عليه مقتضيات المادة 416 من القانون المدني فهو شركة في نظر المشرع.

ثانيا: التحليل الموضوعي

عرّف المشرع الجزائري الشركة في نص المادة 416 من القانون المدني وليس القانون التجاري، ولعل مرد ذلك هو اعتبار المشرع الشركة عقدا فأورد تعريفها تحت باب العقود المتعلقة بالملكية من كتاب الالتزامات والعقود.

وقد جاء تعريفها على النحو الآتي: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك.).

وهو النص الأول المدرج بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمّم، وهو نص طاله تعديل واحد من التعديلات المتلاحقة للقانون المدني؛ وهو التعديل الحاصل بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988.

وجدير بالذكر أن لهذا النص أصلا تاريخيا هو نص المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي، والتي نصها كالآتي:

"la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter"

وهو النص الذي لم يظل على حاله بل أُدخلت عليه تعديلات جوهرية[1]، لم يعرفها التشريع الجزائري بالرغم من التغيرات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة التي حصلت وانعكست على مفهوم الشركة كفكرة قانونية.

مما سبق يمكن لنا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار نص المادة 416 من القانون المدني تعريفا جامعا مانعا للشركة؟

وإجابة منا عن هذه الإشكالية ارتأينا اتباع الخطة الأتية: العيوب الشكلية في نص المادة 416 من القانون المدني (أولا)، العيوب الموضوعية في نص المادة 416 من القانون المدني (ثانيا).

---

(1) لاسيما التعديل الحاصل إثر تعديل 11 جولية 1985 بمقتضى القانون رقم 85-697 حيث حرّر على النحو الآتي:

"La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.
Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.
Les associés s'engagent à contribuer aux pertes."
Voir: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006444041/1985-07-13

أولا: العيوب الشكلية في نص المادة 416 من القانون المدني

إن قراءة نص المادة 416 من القانون المدني بتمعن يمكننا من الوقوف على جملة من العيوب الشكلية؛ لعلّ أهمها:

01/ أن المشرّع الجزائري اختار صراحة أن يعرّف الشركة، على خلاف التقليد المعروف في القانون من أن التعاريف من اختصاص الفقه، وهو بهذا الشكل يضع نفسه موضع الانتقاد على اعتبار أن تعريف الشركة لطالما كان مرتبطا بمفاهيم محل نقاش وجدل كبير لدى الفقه، ولعلّ هذا من بين الأسباب الذي دفعت ببعض التشريعات ومنها التشريع الفرنسي للتخلي عن وضع تعريف صريح للشركة في القانون المدني[1]. يضاف لذلك أن التشريعات التي تعرّف عقد الشركة في نصوصها تقصد من هذا التعريف تأكيد عدم أخذها بنظام شركة الفرد الواحد[2] (الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة). وهي الشركة التي أخذ بها المشرع الجزائري منذ سنة 1996.[3]

02/ قام المشرع في نص المادة 416 سالفة الذكر بتحديد الطبيعة القانونية للشركة معتبرا إيّاها "عقدا" بشكل صريح حيث قال: (الشركة عقد بمقتضاه...)؛ وموردا النص ضمن كتاب الالتزامات والعقود؛ باب العقود المتعلقة بالملكية؛ فصل الشركة، متجاهلا بذلك الجدل الفقهي الدائر بين من يرى أن الشركة "عقد" ومن يرى أنها "نظام"، وبالتالي معرضا نفسه لانتقادات القائلين بأن الشركة نظام.

03/ تضمن النص عبارة "شخصان" كحد أدنى للشركاء في الشركة، وهي عبارة تجعل التعريف معيبا؛ ذلك أن الأصل في التعريف أن يكون جامعا مانعا، أي جامعا لكل صفات الشيء المعرَّف

---

(1) عبد العزيز بوخرص، "نحو إعادة صياغة نص المادة 416 من القانون المدني"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد 03، العدد 15، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين، ماي 2019، ص 255.

(2) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، مصر – القاهرة، 2011، ص 39.

(3) وذلك بمقتضى المادة 564 من القانون التجاري، سبق ذكره. في شكلها المعدّل بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 77، مؤرخة في 11 ديسمبر 1996. والتي جاء فيها: (تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدّة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص.

إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة، لا تضم إلا شخصا واحدا "كشريك وحيد"، تسمى هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة".

يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل.

وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة أو متبوعة بكلمات "شركة ذات مسؤولية محدودة" أو الأحرف الأولى منها "ش. م. م " وبيان رأسمال الشركة.).

مانعا من دخول صفات غير المعرَّف في التعريف. ولا شك أن إضافة عبارة "شخصان" في التعريف تعيبه لكونها تخرج نوعا من الشركات وهو: "الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة". والتي تبنّاها المشرع الجزائري منذ سنة 1996 كما سبق بيانه أعلاه.

04/ عبارة "طبيعيان أو اعتباريان" عبارة زائدة وبغير معنى لأن أهل القانون متفقون على أن عبارة "الشخص" تنصرف لكل من كان أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعلى رأس ذلك الإنسان أي الشخص الطبيعي، وكذا الشخص المعنوي (الاعتباري) كالشركات والجمعيات ونحو ذلك. بخلاف عبارة "الفرد" التي تنصرف للشخص الطبيعي فقط.

05/ تضمن النص عبارة "حصة من عمل أو مال أو نقد"، ويبدو أن المشرع قصد بالمال "الحصة العينية"، والواقع أن المال ينصرف للنقد والعين، لذلك كان الأولى الاكتفاء بعبارة "المال" للدلالة على الحصتين النقدية والعينية، فضلا على أنه لابد من تقديم ذكر حصة المال على حصة العمل بالنظر لأنها الأهم في الشركات؛ لا كما فعل المشرع بتقديمه لحصة العمل.

ثانيا: العيوب الموضوعية في نص المادة 416 من القانون المدني

إن أهم العيوب الموضوعية التي تضمنها نص المادة 416 من القانون المدني هي: الطبيعة العقدية للشركة عند المشرع الجزائري، والهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة عند المشرع الجزائري.

01/ الطبيعة العقدية للشركة عند المشرع الجزائري

تقوم النظرية التقليدية الموروثة عن الرومان على النظر إلى الشركة انطلاقا من الأساس الذي ترتكز عليه وهو العقد. من هنا نشأت الفكرة التعاقدية للشركة، التي سادت ردحا من الزمن وانتقلت إلى القانون المدني الفرنسي ومنه إلى القانون المدني الجزائري، على أن الفكرة التعاقدية في نطاق الشركات لم تكسب تأييدا مطلقا، بل أخذت تتراجع شيئا فشيئا، حتى بدا مع الوقت أن هناك فروقا كبيرة تقوم بين قواعد قانون الشركات من جهة، والقواعد التي تحكم العقود بوجه عام من جهة أخرى[1]. وذلك من عدّة نواحي أهمها:

[1] راجع: إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، الجزء الأول (الأحكام العامة للشركة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2008، ص 62-64.

أ/ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون[1]. وعليه فالعقود تستلزم لتعديلها أو لتحديد مضمونها، التقاء إرادات المتعاقدين جميعا، على هذا التعديل أو ذاك التحديد، بينما يُلاحظ أن تعديل العقود التأسيسية للشركات لاسيما شركات الأموال يتم بموافقة الغالبية ورغم معارضة الأقلية. والسبب في ذلك أن الشركة ليست من العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين كالبيع أو الإيجار أو العمل، بل من العقود التي تتحد فيها المصالح فتصير في اتجاه واحد يؤدي في حال نجاحه لتحقيق مصالح جميع الشركاء.

لذلك يفرق بين العقد والشركة، التي تعتبر اتحادا وليس عقدا. فإذا كان الإجماع واجبا في العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين، فلأنه لا يمكن أن يسمح القانون بأن تعلو إرادة بعض المتعاقدين، ولو كثروا، على إرادة البعض الآخر، من ذوي المصالح المتعارضة، أما في الاتحادات التي تقوم على توازي المصالح، فمن المناسب أن يثبت القانون لأغلبية المتعاقدين حق التعبير عن ماهية المصلحة المشتركة التي تستهدفها جميع الإرادات، وذلك تحقيقا للمصلحة المشتركة التي تلتقي عندها جميع الإرادات منذ تكوين الاتحاد[2].

ب/ تتجاوز آثار الشركة مجرد إنشاء بعض الالتزامات التي تنقضي بتنفيذها، إلى إنشاء شخص قانوني جديد هو الشركة ذاتها كشخص معنوي، يتعامل مع الغير بمختلف صور التعامل فيكسب منهم الحقوق ويلتزم معهم بالالتزامات[3].

ج/ ضعف الفكرة التعاقدية لأسباب اقتصادية واجتماعية؛ حيث اتجه المشرع إلى إحاطة الشركات بسياج متين من الأحكام الآمرة الإلزامية التي لا يجوز للشركاء تخطيها، لكونها تهدف لحماية مصالح المدخرين ومصالح الغير الذين يتعاملون مع الشخص المعنوي. الأمر الذي أدى إلى ضيق دائرة الحرية التعاقدية؛ إلى أن أصبح نظامها ضيقا جدا في شركات المساهمة، بعدما أصبحت الشركة مقيدة بنظام قانوني ملزم، يقتصر حق الأفراد فيه على الانضمام إليها وتقديم رؤوس الأموال دون حقهم في مناقشة أحكام عقد الشركة أو نظامها. وأصبح تأسيس الشركة بمثابة عمل شرطي يختلف عن العقد التقليدي.

---

(1) المادة 106 من القانون المدني، سبق ذكره.

(2) راجع: إلياس ناصيف، المرجع السابق، الجزء الأول (الأحكام العامة للشركة)، ص 64-65.

(3) عبد العزيز بوخرص، المرجع السابق، ص 258.

د/ أدى تقسيم رأس المال في شركات الأموال – لا سيما منها شركات المساهمة –؛ إلى أسهم كبيرة العدد وقابلة للتداول بسهولة وسرعة إلى إضعاف فكرة العقد إلى أبعد الحدود. فالمساهم الذي يشتري أسهما في البورصة بقصد بيعها بعد فترة وجيزة من الزمن لا يمكن أن يعتبر شريكا متعاقدا مع سائر الشركاء، لأن مصلحته لا ترتبط بكونه عنصرا مشتركا في الشركة اشتراكا إيجابيا، بل فقط بما يستطيع الحصول عليه من الأرباح[1].

ه/ هناك نوع من الشركات لا مجال للحديث فيه عن فكرة العقد؛ كما هو الحال بالنسبة للمؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، طبقا للمادة 564 من القانون التجاري.

وخلاصة ما تقدم أن الشركة ذات طبيعة مختلطة بين العقد والنظام؛ حيث يغلب على شركات الأشخاص أنها عقد، في حين يغلب على شركات الأموال أنها نظام[2].

02/ الهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة عند المشرع الجزائري

على إثر تعديل القانون التجاري لسنة 1993 تم إدراج نظام قانوني جديد هو التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة؛ بمقتضى المواد من 796 إلى 799 مكرر4. جاء في المادة 796 منه: (يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، ولمدة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملاءمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته.).

إن التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة هو صيغة من صيغ التعاون بين الشركات؛ غير أنه يتميز عنها من ناحيتين على الأقل:

فمن ناحية أولى، يغلب أن يكون التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة صيغة لتعاون مؤقت بين شركتين فأكثر، لا يتجاوز وجوده بضعة أعوام ولو أن القانون لم يضع له حدا زمنيا بخلاف الشركة التي حدد عمرها الأقصى بتسعة وتسعين عاما.

---

(1) راجع: إلياس ناصيف، المرجع السابق، الجزء الأول (الأحكام العامة للشركة)، ص 66-68.

(2) راجع: ميلود بن حوحو، المرجع السابق، ص 137-138.

ومن ناحية أخرى فإن التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة لا يهدف إلى تحقيق الربح لأعضائه بل الغاية منه هي تحقيق اقتصاد أو تقليص النفقات، أي التحكم في أعباء أعضائه ومصاريفهم[1].

ولا شك أن إبقاء المشرع الجزائري على هذا الهدف – الهدف الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة – كهدف من أهداف الشركة في نص المادة 416 من القانون المدني، رغم تبنّيه لنظام قانوني جديد في المادة 796 من القانون التجاري هو التجمع الاقتصادي ذي المنفعة المشتركة، من شأنه أن يؤدي إلى التمازج بين المفهومين وعسر التفرقة بينهما.

الخاتمة

لقد بات ضروريا تخلي المشرع الجزائري عن تعريف الشركة؛ لأن التعريف مسألة يختص بها الفقه والقضاء وليس التشريع.

ولا بد أن تعاد الصياغة القانونية لنص المادة 416 من القانون المدني على ضوء ما أوردناه من ملاحظات بشأنها أعلاه؛ وذلك بالابتعاد عن التصريح بأن الشركة عقد ذلك أن المسألة محل خلاف كما بيّناه، والنص صراحة على إمكانية تأسيس الشركة بشخص واحد؛ تماشيا مع سماح القانون التجاري بتأسيس الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة.

وكذا حذف عبارة "طبيعيان أو معنويان" لأن عبارة "شخصان" تفي بالغرض، وفي مجال تقديم الحصص لابد أن يُكتفى بعبارة "مال أو عمل" وبهذا الترتيب بدل عبارة "عمل أو مال أو نقد" لأن المال يشمل النقد والعين وهو الأصل في الشركات ثم حصة العمل التي هي أقل شيوعا.

فضلا عن ذلك يجب حذف عبارة "هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة" طالما أن المشرع أسند هذه المهمة للتجمعات المنصوص عليها في المادة 796 وما بعدها من القانون التجاري.

---

[1] أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 89.

الفصل الثاني

منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي

يمثل التعليق على القرار القضائي أحد أفضل الوسائل لترسيخ المعلومات النظرية في ذهن الطالب على اختلاف مستوياته الدراسية، وتمرينه وتهيئتة على استخدام تلك المعلومات في معرض حل القضايا التي تعرض عليه مستقبلا؛ أي تطبيق القاعدة القانونية على العناصر الواقعية. وبالتالي فإن التعليق على الحكم أو القرار القضائي هو تمرين عملي يعطى للطالب في كلية الحقوق من أجل تقويم مدى جدارته وقدرته على استيعاب المعلومات النظرية[1].

وتقتضي معرفة منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي؛ التطرق لجانبين أحدهما نظري والآخرى عملي على النحو الآتي: الجانب النظري في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي (المبحث الأول)، الجانب العملي في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجانب النظري في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي

ليس القصد بالجانب النظري بيان مراحل التعليق فتلك سندرجها ضمن الجانب العملي لاحقا، لكنّ المقصود هو التعرف على الحكم أو القرار محل التعليق من خلال بيان مفهومه ومكوّناته، وطرق الطعن فيه. وبهذا يكون الطالب على بيّنة، فيعرف نوع الحكم موضوع التعليق وعن أي درجة من درجات التقاضي صدر ومدى قابليته للطعن. ذلك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره.

وفيما يلي بيان لمفهوم الأحكام والقرارت القضائية (المطلب الأول)، مكوّنات الحكم أو القرار (الجوانب الشكلية فيه) (المطلب الثاني)، وطرق الطعن في الأحكام والقرارات القضائية (المطلب الثالث).

---

[1] عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 23.

المطلب الأول

مفهوم الأحكام والقرارت القضائية

يتحدد مفهوم الأحكام والقرارات القضائية عن طريق؛ تعريف الحكم أو القرار القضائي (الفرع الأول)، ثم بيان أنواع الأحكام والقرارات القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحكم أو القرار القضائي

الحكم بمعناه الخاص في مذهب القانون المقارن، « هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب)، في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو شق منه أو في مسألة متفرعة عنه.».

إذن الحكم بكل معاني الكلمة يتميز بميزتين، الأولى؛ أنه يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية. والثانية؛ أنه يصدر بما للمحكمة من سلطة قضائية، أي يصدر في خصومة.

ومن ثم القرار الصادر من هيئة غير قضائية لا يعدّ حكما ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة، والقرار الصادر عن المحكمة بما لها من سلطة ولائية لا يعدّ حكما ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك.

أما حكم المحكّمين فإنه يعد بمثابة حكم، رغم صدوره من أشخاص ليس لهم في الأصل ولاية القضاء ولا يقومون بخدمة عامة، ولكن لأن المشرع أقرّ نظام التحكيم احتراما لإرادة الخصوم، ومتى وضحت هذه الإرادة في الشكل المقرر التزم المحكم بالقيام بعمله، وهو في هذا إنما يتولى القضاء بخصوص النزاع القائم أمامه، ويفرض حكمه على الخصوم، كما يفرض على السلطات الأخرى شأنه

شأن الأحكام التي تصدر من القضاء، ويكون لحكمه حجية الشيء المقضي فيه، ويكون قابلا للتنفيذ الجبري بعد صدور أمر بتنفيذه[1].

أما عن الفرق بين الحكم والقرار؛ فإن الحكم هو ما يصدر عن محكمة الدرجة الأولى، أما القرار فهو ما يصدر عن المجالس القضائية والمحكمة العليا. وإذا كان لهذه التفرقة أهميتها القانونية إلا أنها ليست بتلك الأهمية من الناحية الفقهية لأن لفظ "الحكم" يطلق على كل ما يصدر عن جهات القضاء. والحكم على هذا النحو هو النهاية الطبيعية للخصومة.

الفرع الثاني

أنواع الأحكام والقرارات القضائية

للفقه عدّة تقسيمات للأحكام تختلف باختلاف زاوية النظر إليها؛ فمن حيث الحجية المترتبة عليها تنقسم إلى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية، ومن حيث قابليتها للطعن تنقسم إلى أحكام ابتدائية وأحكام نهائية وأحكام باتّة، أما من حيث الحضور والغياب فتنقسم إلى أحكام حضورية وأحكام غيابية.

وإذان كان للفقه تقسيماته؛ فإن للتشريع كذلك تقسيماته وهي تلك التي تضمنها القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]. ويمكن إيجاز هذه الأخيرة فيما يلي:

أولا: الأحكام الحضورية

يكون الحكم حضوريا، إذا حضر الخصوم شخصيا أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات حتى ولو لم يبدوا ملاحظات شفوية[3].

وإذا لم يحضر المدعي لسبب مشروع، جاز للقاضي تأجيل القضية إلى الجلسة الموالية لتمكينه من الحضور [1].

---

[1] أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 22-23.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، مؤرخة في 21 أفريل 2008.

[3] المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

وإذا لم يحظر المدعي دون سبب مشروع، جاز للمدعى عليه طلب الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الحكم في هذه الحالة حضوريا[2].

وإذا متنع أحد الخصوم الحاضر عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الآجال المحددة، يفصل القاضي بحكم حضوري بناء على عناصر الملف[3].

وبحسب المادة 314 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ لا يكون الحكم الحضوري الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي الخصومة، قابلا لأي طعن بعد انقضاء سنتين من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسميا.

ثانيا: الأحكام الغيابية

رجوعا للمادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تعتبر الحكم غيابيا إذا فصل فيه القاضي ولم يحضره المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور. وهو يكون قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته؛ بحسب المادة 294 من نفس القانون.

ثالثا: الأحكام الحضورية الاعتبارية

يكون الحكم حضوريا اعتباريا إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور[4]، والحكم المعتبر حضوريا غير قابل للمعارضة[5].

رابعا: الأحكام الفاصلة في الموضوع

الحكم الفاصل في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض. ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه[1].

---

(1) المادة 289 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(2) المادة 290 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(3) المادة 291 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) المادة 293 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(5) المادة 295 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم. غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو التماس إعادة النظر، ويجوز له أيضا تفسير حكمه أو تصحيحه[2].

خامسا: الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع

عملا بمقتضيات المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ فإن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت. وهو حكم لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه. كما لا يترتب عليه تخلي القاضي عن النزاع.

وطبقا للمادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تقبل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع الطعن بالإستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها.

المطلب الثاني

مكوّنات الحكم أو القرار (الجوانب الشكلية فيه)

يقصد بمكوّنات الحكم أو القرار ما يشتمل عليه هذا الأخير من جوانب شكلية واجبة التوافر فيه؛ ويمكن إرجاعها لأربعة عناصر رئيسية هي: الديباجة (الفرع الأول)، الوقائع (الفرع الثاني)، الحيثيات (التعليل والتسبيب) (الفرع الثالث)، المنطوق (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الديباجة

هناك عناصر لابد من ذكرها في ديباجة الحكم أو القرار، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من وجوب أن يشمل الحكم، تحت طائلة البطلان، عبارة: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية" وعبارة "باسم الشعب الجزائري".

---

(1) المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(2) المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. راجع أيضا المادتين 285 و286 من نفس القانون.

كما يجب أن تتضمن ديباجة الحكم أو القرار بيانات أخرى نصت عليها المادة 276 من نفس القانون وهي: الجهة القضائية التي أصدرته، أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية، التاريخ، اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء، اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم، أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم، والاشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.

فضلا عن ما ذكر أعلاه من عناصر يوجب القانون تضمينها في ديباجة الحكم أو القرار؛ تتوفر الديباجة أيضا على بعض العناصر الشكلية ذات الطبيعة التنظيمية ومنها: رقم القضية، رقم الفهرس، ورقم الجدول .... إلخ.

الفرع الثاني

الوقائع

طبقا للمادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية فإنه يجب أن يستعرض الحكم بإيجاز وقائع القضية وطلبات وادّعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم.

فالوقائع هي تلخيص للخصومة ووصف للمنازعة قبل وصولها للقضاء، وإذا لم يكن الحكم في الدرجة الأولى توصف الإجراءات المتبعة سابقا في الحكم المطعون فيه.

الفرع الثالث

الحيثيات (التعليل والتسبيب)

نصت المادة 01/277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: (لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة)، وأما الفقرة الثالثة من نفس المادة فنصت على أنه: (يجب أن يرّد على كل الطلبات والأوجه المثارة).

وتعتبر الحيثيات (التعليل والتسبيب) الجزء الأكبر والأهم في الحكم أو القرار القضائي، وهي مجمل الأسباب الموضوعية والقانونية التي دفعت القاضي إلى اختيار الحل الوارد بالمنطوق دون غيره. وبصدد الحيثيات نميّز بين أحكام وقرارات محاكم الموضوع من جهة، وقرارات المحكمة العليا من جهة ثانية.

أولا: أحكام وقرارات محاكم الموضوع

تتميز بالسرد التفصيلي أكثر من قرارات المحكمة العليا؛ ذلك أن القاضي يبني رأيه على تحليل دقيق لوقائع القضية، حيث تذكر في الحكم الوقائع إضافة إلى خلاصة المرافعات خاصة إذا كنا أمام جهات الاستئناف (المجالس القضائية). باعتبار أن القضاة لا يجوز لهم إهمال أي جانب من إدعاءات الخصوم؛ فالمادة 03/277 السالف ذكرها أعلاه أوجبت على القاضي الردّ على كل الطلبات والأوجه المثارة. لذا فإن القضاة يبذلون جهدا في تمييز ماهو جوهري عن ما هو ثانوي.

وذات الأمر يواجه المعلّق على الحكم أو القرار إذ يتعيّن عليه تمييز الوقائع والحيثيات الجوهرية المنتجة في الدعوى عن تلك الأقل شأنا.

وجدير بالذكر أنه ليس للأحكام والقرارت شكل موحد؛ كما ليس للحيثيات صياغة موحدة فقد تكون في شكل وحدة متراصة وهنا تتطلب قراءتها تأنيا أكبر، وقد تكون في شكل فقرات تفصل الواقعة عن القانون أو الشكل عن المضمون وبذلك تسهّل عملية القراءة والفهم.

ثانيا: قرارات المحكمة العليا

تعتبر قراءة وفهم قرارات المحكمة العليا أسهل من أحكام وقرارات محاكم الموضوع لما تتمتع به من إيجاز في التعليل؛ ذلك أنها محكمة قانون. قتنصب الحيثيات فيها على مناقشة أوجه الطعن في الحكم أو القرار، وبيان مدى تطبيق قضاة الموضوع للقانون تطبيقا سليما على الوقائع التي عرضت عليهم في القضية.

الفرع الرابع

المنطوق

يعدّ المنطوق شكلا من أشكال الحكم أو القرار، وهو أمر لازم فيه حيث أوجبت الفقرة الأخيرة من المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يتضمن الحكم ما قضى به في شكل منطوق.

والمنطوق هو نتيجة الحكم؛ يتضمن فصل المحكمة في النزاع المعروض عليها، ويبيّن مباشرة ما قضت به المحكمة في الشكل والموضوع من قبول طلبات أو رفضها. وعادة ما يبدأ المنطوق بإحدى العبارات التالية: "لهذه الأسباب"، "لهذه الأسباب ومن أجلها"، "لذلك"، "كما تقدم"، "لما كان كذلك".

المطلب الثالث

طرق الطعن في الأحكام والقرارات القضائية

إن طرق الطعن هي الأداة التي وضعها المشرع بأيدي الخصوم لطلب مراجعة الأحكام والقرارات القضائية، وذلك لاعتبارات منها غياب إجراءات يوجبها القانون كتخلف الوجاهية في الأحكام والقرارت الغيابية، والتي تجعل الحكم أو القرار قابلا للطعن بالمعارضة، ومن تلك الاعتبارات أيضا أن القاضي ليس بمعصوم عن الخطأ، ومن هنا فإن فرض رقابة المحاكم الأعلى درجة على صحة وشرعية المحاكم الأدنى درجة من شأنه أن يصحح تلك الأخطاء.

ويجري في الفقه والقانون تقسيم طرق الطعن إلى: طرق الطعن العادية (الفرع الأول)، طرق الطعن غير العادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طرق الطعن العادية

طبقا للمادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ فإن طرق الطعن العادية هي: الاستئناف (أولا)، والمعارضة (ثانيا).

أولا: الاستئناف

الاستئناف هو طريق طعن عادي من طرق مراجعة الأحكام وهو الترجمة العملية لمبدأ التقاضي على درجتين وفيه يُنظر ذات النزاع من قاضي أعلى درجة ممن فصل فيه لأول مرة ويتم من خلاله إعادة نظر النزاع من حيث الوقائع والقانون[1]. فالهدف من الاستئناف هو مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة[2].

والأصل أن الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة[3]. كما تكون قابلة للاستئناف الأوامر الاستعجالية الصادرة في أول درجة[4].

غير أنه ولاعتبارات معيّنة استثنى المشرّع من قاعدة قابلية الأحكام للطعن بالاستئناف مايلي:

- الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج طبقا للمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأحكام غير الفاصلة بصفة كلية في الموضوع، والتي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت طبقا للمادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأحكام الفاصلة في نتائج الخبرة إذا ما كانت المناقشة الخاصة بالخبرة تبدى لأول مرة أمام المجلس طبقا للمادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأحكام الفاصلة في الاعتراض على النفاذ المعجل طبقا للمادة 326 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن ميعاد الطعن بالاستئناف[1] فهو شهر واحد ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته. ويمدّد إلى شهرين إذا كان التبليغ الرسمي في الموطن الحقيقي أو المختار ولم يتم

---

[1] ميلود مهملي، "طرق الطعن في المادة المدنية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، بحث مقدم للملتقى حول: "قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر – المسيلة، يومي: 06 و07 ماي 2009، ص 06.

[2] المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

[3] المادة 333 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

[4] المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

التبليغ للشخص ذاته. وفي كلتا الحالتين لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة[2]. وجدير بالذكر أن أجل الطعن بالاستئناف في الأوامر الاستعجالية هو خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي[3]، وتمدد كل آجال الاستئناف بشهرين إضافيين للمقيمين خارج الإقليم الوطني[4].

هذا وللاستئناف آثاره ومنها: أنه ناقل للنزاع برمته من محكمة الدرجة الأولى إلى جهة الاستئناف[5]، وأنه لا تقبل الطلبات الجديدة التي لم يسبق تقديمها أمام محكمة الدرجة الأولى إلا في الاستثناءات التي أوردها القانون[6]. كما أن الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مالم ينص القانون على خلاف ذلك[7].

ثانيا: المعارضة

هي طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية بمقتضاه يتقدم من صدر عليه الحكم في غيبته إلى ذات المحكمة التي أصدرته طالبا منها سحبه وإعادة نظر الدعوى من واقع دفاعه الذي لم يُبدى وقت صدور الحكم الغيابي[8].

---

(1) هذا الميعاد في المادة المدنية، أما في المادة الإدارية فأجل الاستئناف هو شهرين ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر يوما بالنسبة للأوامر الاستعجالية، وتسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدرت غيابيا. أنظر: المادة 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. وأما في المادة الجزائية فإن أجل الاستئناف هو عشرة أيام تسري من تاريخ النطق بالحكم أو من تاريخ التبليغ إذا كان الحكم اعتباري حضوري أو غيابي وفي الحالة الأخيرة تسري مهلة العشرة أيام ابتداءً من تاريخ انتهاء مهلة المعارضة، وإذا استأنف أحد الخصوم يكون للباقين مهلة إضافية قدرها خمسة أيام. أما أجل الاستئناف بالنسبة للنيابة العامة فهو شهرين من تاريخ النطق بالحكم. أنظر: المادتين 418 و419 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، مؤرخة في 10 جوان 1966، المعدّل والمتمّم.

(2) المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(3) المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) المادة 404 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(5) المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(6) راجع: المواد من 341 إلى 345 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(7) المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(8) ميلود مهملي، المرجع السابق، ص 05.

وبحسب المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، بحيث يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجل.

ولا يقبل الطعن بالمعارضة إلا إذا كان الحكم الصادر حكما غيابيا[1] عملا بمقتضيات المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبناءً عليه لا تقبل الطعن بالمعارضة:

- الأحكام الحضورية؛ وهي التي حضرها الخصم أو ممثله أو محاميه مع تقديم مذكرات طبقا للمادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأحكام المعتبرة حضورية؛ وهي التي تخلف عن الحضور فيها المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه. طبقا للمادة 293 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحكمة طبقا للمادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الأوامر الاستعجالية الصادرة غيابيا في آخر درجة فتقبل المعارضة طبقا للمادة 02/304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن ميعاد الطعن بالمعارضة[2] فهو شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي[3]، أما ميعاد الطعن بالمعارضة في القرار الاستعجالي فهو خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار الاستعجالي الغيابي[4].

---

(1) يكون الحكم غيابيا إذا لم يحضره المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور. أنظر: المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(2) هذا الميعاد في المادة المدنية، وهو كذلك في المادة الإدارية شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي. أنظر: المادة 954 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. أما في المادة الجزائية فميعاد الطعن بالمعارضة هو عشرة أيام تسري من تاريخ تبليغ الحكم، وتمدّد هذه المهلة إلى شهرين إذا كان الطرف المتخلف عن الحضور مقيما خارج التراب الوطني. أنظر: المادتين 411 و412 من قانون الإجراءات الجزائية، سبق ذكره.

(3) المادة 329 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

وبخصوص آثار المعارضة فيمكن إيجازها فيما يلي: أنْ ليس للمعارضة أثر ناقل للنزاع وبالتالي يعاد طرح القضية من جديد على ذات الجهة مصدرة الحكم الغيابي المعارض فيه[1]، كما توقف المعارضة تنفيذ الحكم المعارض فيه ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل[2]، وأخيرا فإن الحكم الصادر في المعارضة يكون حضوريا في مواجهة جميع الخصوم ولا يقبل الطعن بالمعارضة مرة أخرى[3]. وذلك تفاديا لتعمد البعض تكرار الغياب.

الفرع الثاني

طرق الطعن غير العادية

طبقا للمادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ فإن طرق الطعن غير العادية هي: الطعن بالنقض (أولا)، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة (ثانيا)، التماس إعادة النظر (ثالثا).

أولا: الطعن بالنقض

يكون الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات المخالفة للقانون بقصد نقضها من طرف المحكمة العليا باعتبارها أعلى هيئة قضائية في قمة التنظيم القضائي[4]، ونظرا لارتباط الطعن بالنقض بقضية حسن تطبيق القانون فإنها تهيمن على القانون بنوعيه الموضوعي والإجرائي معا ولذلك لا يجوز الطعن بالنقض إلا في الأحوال التي نص عليها القانون[5].

وقد بيّنت المواد من 349 إلى 351 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض[6]، وبما أن المحكمة العليا هي محكمة قانون لا يعاد طرح النزاع أمامها من جديد للفصل فيه وإنما تنظر في مدى تطبيق القانون تطبيقا سليما من الجهات الأدنى درجة (المحاكم

---

(1) المادة 328 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(2) المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(3) المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) يطعن بالنقض في المادة الإدارية أمام مجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية في القضاء الإداري.

(5) ميلود مهملي، المرجع السابق، ص 21.

(6) وهي: الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر، لا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع.

والمجالس القضائية)، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد أوجه الطعن حصرا في المادة 358 منه[1].

أما عن ميعاد الطعن بالنقض[2] فيحدد بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا. ويمدّد إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في الموطن الحقيقي أو المختار[3]. وبالنسبة للأحكام والقرارات الغيابية لا يسري هذا الأجل إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة[4]. وتمدّد بشهرين إضافيين لمن كان مقيما خارج الإقليم الوطني[5].

جدير بالذكر أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه طبقا للمادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير طبقا للمادة 361 من نفس القانون.

ثانيا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

اعتراض الغير هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام قرره المشرع لكل شخص لم يكن خصما ولا ممثلا ولا متدخلا في الدعوى ويضر به الحكم الصادر فيها، وهذا الطعن يعدّ طريقا خاصا

---

(1) يبنى الطعن بالنقض على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، 2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، 3- عدم الاختصاص، 4- تجاوز السلطة، 5- مخالفة القانون الداخلي، 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية، 8- انعدام الأساس القانوني، 9- انعدام التسبيب، 10- قصور التسبيب، 11- تناقض التسبيب مع المنطوق، 12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، 13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول، 14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي ففي هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابقا انتهى بالرفض وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد دفوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ويجب توجيهه ضد الحكمين وإذا تأكد التناقض تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا، 15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار، 16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب، 17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، 18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

(2) هذا الأجل مقرر للمادة المدنية، وهو محدد بشهرين أيضا في المادة الإدارية تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن. أنظر: المادة 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. أما في المادة الجزائية فأجل الطعن بالنقض ثمانية أيام تسري من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضوريا، وإذا كان اعتباري حضوري من يوم التبليغ، وإذا كان غيابيا من اليوم الذي تكون فيه المعارضة غير مقبولة. أنظر: المادة 498 من قانون الإجراءات الجزائية، سبق ذكره.

(3) المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) المادة 355 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(5) المادة 404 من قانون الإجاراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

يختلف عن طرق الطعن غير العادية الأخرى لعدم اشتراط مباشرته بأسباب محددة ولذلك فهو يعدّ قريبا من طرق الطعن العادية بالنسبة للغير الذي يلجأ إليه[1].

فالهدف من اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع، ويُفصَل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون[2].

أما عن الميعاد المقرر للطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة فهو خمسة عشر عاما تسري من تاريخ صدو الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين متى تم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر للغير، ويسري الأجل في هذه الحالة من تاريخ التبليغ الرسمي[3].

وبخصوص آثار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيمكن إيجاز أهمّها في الآتي: ليس لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة أثر ناقل فيقدّم أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه[4]، كما لا يوقف الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه[5]. كما يجوز الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الصادر في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بنفس طرق الطعن المقررة للأحكام[6].

ثالثا: التماس إعادة النظر

يسمى هذا الطعن بالتماس إعادة النظر لأنه كان يجب على المدعي عند سلوكه هذا الطعن أن يستأذن المحكمة بعريضة يستخدم فيها أسلوبا في غاية الأدب وخاليا من أي طعن في القضاة، ولمّا صدر قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول اعتبارا من 1979/12/12 تم بموجبه تغيير مصطلح "التماس إعادة النظر" بمصطلح "الطعن بإعادة النظر". ويبدي جانب من الفقه المعاصر أن

---

(1) ميلود مهملي، المرجع السابق، ص 15.

(2) المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(3) المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. وهذا الحكم مشترك ويسري على المادة الإدارية. أنظر: المادة 961 من قانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(4) المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

(5) المادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره. بطبيعة الحال ما لم يقضى بوقف التنفيذ طبقا للمادة 386 من نفس القانون.

(6) المادة 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

هناك من النظم القانونية في مجال الإجراءات المدنية ما يلقى الرواج والانتشار كالطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، وهناك من النظم ما تحيط به مشاكل تحول دون انتشاره وتوسع مجال إعماله كالطعن بالتماس إعادة النظر [1].

وبحسب المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون.

وقد حدد المشرّع سببين على أساسهما يقدم التماس إعادة النظر في المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هما:

- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.
- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة بالدعوى كانت محتجزة عمدا لدى الخصوم.

وأما بخصوص ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر [2] فهو محدد بشهرين يبدأ سريانها من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة[3]. ويمدّد هذا الأجل بشهرين للمقيمين خارج الإقليم الوطني[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالتماس إعادة النظر ليس له أثر ناقل ولذلك فهو يرفع أمام الجهة مصدرة الحكم أو القرار أو الأمر الملتمس فيه[5]. كما أنه لا يوقف التنفيذ طبقا للمادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1] ميلود مهملي، المرجع السابق، ص 19.

[2] هذا الأجل في المادة المدنية، هو كذلك في المادة الإدارية شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو من استرداد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم. أنظر: المادة 968 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

[3] المادة 393 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

[4] المادة 404 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

[5] المادة 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

المبحث الثاني

الجانب العملي في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي

إن الحكم أو القرار هو تطبيق للقانون بصفة رسمية استنادا على الواقع العملي المعيش، وهو إطار تنازعي لكل إشكالية قائمة تتمثل في وجود مصلحتين أو أكثر متنازعتين تبرزان في أغلب الأحيان في شكل رأيين قانونيين متعارضين.

وتتجلى أهميته في كونه تعبيرا عن المنهج الفكري الذي تبناه القاضي، بعد أن يكون قد كيّف الوقائع قانونيا، وحدّد المشكلة المعروضة أمامه، والقاعدة المناسبة لحلها، وتطبيق هذه القاعدة العامّة المجرّدة على حالة خاصة واقعية وملموسة لأجل استنتاج الحل الملائم. وهو ما يتطلب من الطالب أو الباحث المعلّق على القرار أن يكون لديه القدرة على الفصل بوضوح بين أدلة وادعاءات الخصوم وبين تعليل القاضي؛ ليتسنى له مناقشة هذا الأخير في ضوء القواعد العامة التي تحكم المسألة المطروحة[1].

في هذا المبحث نتطرق للجانب العملي في منهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي؛ وذلك من خلال بيان: المراحل العملية في التعليق على الحكم أو القرار القضائي (المطلب الأول)، ثم مثال تطبيقي (التعليق على قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بتاريخ: 08-11-2012) (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المراحل العملية في التعليق على الحكم أو القرار القضائي

تمر عملية التعليق على الحكم أو القرار القضائي بمرحلتين: الأولى؛ هي المرحلة التحضيرية وتقوم على ثلاثة أسس وهي: قراءة الحكم أو القرار، استخراج المسائل القانونية التي تضمنها هذا الأخير، ووضع مخطط التعليق.

فأما قراءة الحكم أو القرار فيقصد بها القراءة الأوّلية الخالية من تدوين أي ملاحظات؛ تليها قراءة ثانية يتم من خلالها التعرف على نوع الحكم (ابتدائي، نهائي، بات)، ومعرفة طبيعة النزاع

[1] علي مراح، المرجع السابق، ص 161-162.

(مدني، إداري، جنائي، تجاري، عقاري، أحوال شخصية ...إلخ)، مع التركيز على الطلبات والدفوع وأوجه الطعن، وتحديد الأقسام الرئيسية (الديباجة، الوقائع، الأسباب، والمنطوق).

وأما استخراج المسائل القانونية التي تضمنها الحكم فيتأتّى من قراءة الحكم قراءة تهدف إلى استخراج المسائل المثارة وهي طلبات قضائية يثيرها الخصم مع إبراز السند القانوني وترد عليه المحكمة إما بالتأييد أو الرفض مع ذكر السند. أي: تحديد الوقائع والإجراءات المتبعة باختصار، تحديد المشكل القانوني، بيان الوسائل التي استعملها الحكم كالنصوص التشريعية، وبيان هذه الأخيرة وإن لم تُذكر في الحكم إذا كان لها صلة بالموضوع.

وفي الأخير يتم وضع المخطط العام للتعليق والذي يتألف من مقدمة وعرض وخاتمة. إلى هنا يكون الطالب أو المعلّق قد فرغ من المرحلة الأولى وهي المرحلة التحضيرية.

والثانية؛ المرحلة التنفيذية ويقصد بها كيفية تنفيذ التعليق أو المنهجية المعتمدة للتعليق على الحكم أو القرار القضائي في شكل بحث أو مقال علمي يتضمن مقدمة، صلب الموضوع، ثم الخاتمة

مقدمة: ومقدمة التعليق مكان للتعريف بالحكم أو القرار محل التعليق انطلاقا من اسم المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار، ودرجتها وإجمالا جميع مراجع القرار من رقم وتاريخ صدور وبيان للأطراف على ما سبق بيانه تفصيلا أعلاه.

ولذكر هذه المعلومات أهمية بالغة فبيان الجهة المصدرة على سبيل المثال يتيح في التحليل المقارنة بين قضاء عدّة محاكم لمعرفة التوجه الغالب في الاجتهاد القضائي.

وتارخ صدور الحكم أو القرار يمكّننا من معرفة مدى حصول تحوّل في الاجتهادات السابقة، أو مدى حصول تفسير لبعض النصوص القانونية على نحو معيّن.

الفرع الأول

مرحلة تحليل الحكم أو القرار

وهو قسم مخصص لعرض عناصر الحكم أو القرار بوضوح، ويهدف إلى التمكن من فهم النزاع والإحاطة بعناصره. ويمهد للقسم الثاني المتعلق بمناقشة الحكم أو القرار وتقويمه. وفي هذه المرحلة يتم التطرق لجملة من العناصر وهي:

أولا: أطراف النزاع

ذكر أطراف النزاع على النحو الذي وردت به في الحكم أو القرار؛ أشخاصا طبيعية كانت أو معنوية.

ثانيا: الوقائع

وهي عملية تحليل وصفي لعناصر النزاع الواقعية بتسلسل منطقي تراعى فيه جملة من القواعد وهي:

1- عرض العناصر الواقعية ويراعى فيه التسلسل الزمني في حدوثها؛ كما تراعى اللغة السليمة في العرض والابتعاد عن التكرار واجتزاء مقاطع من القرار.

2- الاكتفاء بإيراد العناصر الواقعية المنتجة في إعطاء الحل القانوني للنزاع، أي العناصر المادية والواقعية التي يفترض توافرها لتطبيق القاعدة القانونية التي طبقتها المحكمة، أو التي يرى المعلّق أنه كان من المفترض على المحكمة أن تطبقها. بحيث يكون التركيز في هذه المرحلة على الأحداث المؤدية لنشوء النزاع كالتصرفات القانونية من بيع ووعد بالبيع وإيجار ...أو الأفعال المنتجة للآثار القانونية كالضرب والجرح مثلا.

3- توخي الأمانة في عرض العناصر الواقعية للنزاع؛ وهذا يعني أنه لا يجوز التكهن أو التخمين أو إضافة عناصر واقعية من ذهن المعلّق لم ترد في القرار، وذلك لأن الحل القانوني ينطلق فقط من العناصر الواقعية كما طُرحت على المحكمة[1].

ثالثا: الإجراءات والحجج (إدلاءات الخصوم)

وهي جملة ما تم اتخاذه من إجراءات قصد تحصيل الحق؛ أي هي مزاعم أطراف النزاع وطلباتهم وما قدّموه من حجج على ادعاءاتهم. كانتداب خبير أو إجراء معاينة أو رفع دعوى أو طعن في إجراء ...إلخ. ويراعى في إيرادها الترتيب الزمني.

[1] أنظر: عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 27-28. صالح طليس، المرجع السابق، ص 249-250.

رابعا: المشكل القانوني (المسائل محل التعليق)

ويقصد به النقطة أو النقاط القانونية التي أثارها الخصوم والتي وجب على المحكمة حلها، وهو بوجه آخر السؤال الذي يتبادر إلى ذهن القاضي عند الفصل في النزاع، ذلك أن تضارب ادعاءات الخصوم من شأنه أن يثير إشكالا قانونيا يقوم القاضي بحله.

غير أنه بالنسبة للمعلق فإن استخراج المشكل القانوني وصياغته تتطلب مراعاة جملة من الضوابط والشروط وهي:

1- طرحه في شكل سؤال واحد كأصل عام أو عدّة أسئلة واحد منها رئيسي والباقي عبارة عن أسئلة ثانوية.

2- أن يتم الطرح بأسلوب قانوني فبدل القول مثلا: كيف باع فلان محله التجاري بعقد رسمي أو عرفي؟، نقول: هل الكتابة الرسمية ركن في العقد أم شرط في الإثبات؟.

3- طرح المشكل القانوني طرحا عمليا؛ فبدل قولنا: هل يشكل غياب الكتابة الرسمية عيبا في عقد بيع المحل التجاري؟، نقول: إلى أي مدى يؤثر غياب الكتابة الرسمية في صحة العقد؟.

4- تجنب طرح أي نقطة لم يدر حولها نزاع بين الأطراف، فإذا كان النزاع يدور حول تسديد الثمن من عدمه؛ ولم يُذكَر شيء حول الكتابة رسمية أو عرفية، فلا داعي لذكر مسألة الكتابة[1].

خامسا: الحل القانوني

المقصود بالحل القانوني هنا هو الحل الذي قدّمه القاضي، والذي يكون مذكورا في منطوق الحكم أو القرار، وليس المقصود به الحل الذي يراه المعلّق. ويراعى في ذكره الأمانة والموضوعية وعدم إبداء الرأي الشخصي.

[1] أنظر: صالح طليس، المرجع السابق، ص 251-253.

الفرع الثاني

مرحلة مناقشة الحكم أو القرار وتقويمه

وهنا يبدأ الدور الحقيقي للمعلّق في إعطاء الرأي والتصور الشخصي؛ ويسعى لتقديم دراسة مفادها إلى أي مدى ينسجم الحل الذي قدّمته المحكمة مع القانون والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية للموضوع المطروح؟، وتبدأ هذه المرحلة بتمهيد ثم مناقشة وفق خطة منهجية تعكس المشكل القانوني المثار ويراعى فيها بشكل عام ضوابط إعداد الخطة التي سبق بيانها أعلاه[1]. وتشمل المناقشة ما يلي:

1- اعتماد المعلّق رأيه الشخصي في كل مسألة من المسائل القانونية المثارة أمام المحكمة مصدرة الحكم أو القرار، كل ذلك في ضوء المبادئ والمعلومات المتوافرة لديه؛ إما تلك التي يحتفظ بها في ذهنه وفكره، وإما تلك التي يستطيع الحصول عليها من المراجع المختلفة.

2- مناقشة مدى انطباق القاعدة القانونية على الوقائع (تقييم التكييف القانوني للوقائع، مدى وضوح أو غموض النص المطبَّق).

3- مناقشة مدى تفسير القاعدة القانونية على الوجه الصحيح (موقف الفقه من الحل أي بيان الآراء الفقهية بالنسبة للمسألة المطروحة مع الإشارة للرأي الذي اعتمده القرار ومدى توافقه مع الرأي السائد في الفقه، موقف الاجتهاد من هذا الحل أي بيان مدى توافق الحل مع الاجتهاد السابق؛ هل يطوره أم يشكل نقطة تحول بالنسبة له؟).

4- تستند المناقشة لبيان أوجه القوة والضعف؛ أي أوجه صحة الحكم من جهة، ومن جهة أخرى بيان أوجه الضعف أو عدم الصحة، كل ذلك مع التعليل بالآراء الفقهية[2].

الخاتمة: وخاتمة التعليق هي الجزء المخصص لعرض الحل الذي تم التوصل إليه وإبراز كافة الجوانب القانونية المرتبطة به، وبيان قيمة الحل من النواحي الاجتماعية والاقتصادية (المصالح التي يحميها

---

[1] أنظر: 2 من ثانيا من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول.

[2] أنظر: صالح طليس، المرجع السابق، ص 254-256. عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 31-33. عبود عبد الله العسكري، المرجع السابق، ص 155.

القانون) والإضافة التي قدّمها الحكم أو القرار للعلم القانوني؛ مع تقديم خلاصة للنقطة القانونية، وبيان مدى الموافقة أو المعارضة للحل الذي توصل إليه القضاء مع عرض البديل في حال المعارضة.

المطلب الثاني

مثال تطبيقي (التعليق على قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بتاريخ: 08-11-2012)

فيما يلي مثال تطبيقي يتمثل في التعليق على قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بتاريخ: 08-11-2012، رقم الملف: 813933، رقم الفهرس: 12/01153؛ وذلك من خلال فرعين: نص القرار (الفرع الأول)، التعليق على القرار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نص القرار

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

المحكمة العليا

الغرفة التجارية والبحرية

رقم الملف: 813933

رقم الفهرس: 12/01153

أصدرت المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر بتاريخ الثامن من شهر نوفمبر سنة ألفين وإثني عشر.

وبعد المداولة القانونية القرار الآتي نصه:

قرار بتاريخ: 2012/11/08

بين/ الشركة ذ م م جيوفارم، المنطقة الصناعية تجزئة 46 السانية وهران **المدّعية في الطعن بالنقض**، القائم في حقها الأستاذة فراق فريدة المعتمدة لدى المحكمة العليا، الكائنة بـ 17 شارع الأمير عبد القادر المحمدية.

ضد/ شركة صانوفي أفنتس، المنطقة المصغرة للنشاط بحيدرة مبنى بـ تجزئة رقم 29، 30، 31 حيدرة الجزائر **المدّعى عليه في الطعن بالنقض**، القائم في حقها الأستاذ جمال زرقة، المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا.

المحكمة العليا

- في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.
- بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:
- بناءً على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2011/09/20، وعلى مذكرة جواب المطعون ضده المودعة بتاريخ 2011/11/27.
- بعد الاستماع إلى السيد/ معلم إسماعيل المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة/ صحراوي الطاهر مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وعليه فإنّ المحكمة العليا

حيث طعنت الشركة ذ م م جيوفارم بطريق النقض في 2011/09/20 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران 2011/06/05 القاضي: علنيا حضوريا ونهائيا.

في الشكل: قبول الاستئناف، في الموضوع: تأييد الحكم المعاد، المصاريف على عاتق المستأنفة.

والحكم المستأنف صدر عن محكمة السانية وهران في 2011/02/28 قضى ابتدائيا علنيا حضوريا في الشكل: قبول إعادة السير في الدعوى، وفي الموضوع: إفراغ الحكم المؤرخ في 2009/11/03 فهرس رقم 09/846 وبالنتيجة المصادقة على الخبرة المنجزة من قبل الخبيرة رزق الله حسيبة رقية، وإلزام المدعى عليها شركة مخابر جيوفارم ممثلة بمسيّرها بالامتناع من صنع وتوضيب وتغليف واستيراد وإدخال للوطن واستغلال وتسويق وعرض للبيع وحيازة لهذه الأغراض المنتوج كلوبيدوغرال هيدروجين سولفات متعدّد الأشكال رقم 02 المحمي ببراءة الاختراع رقم 2817 تحت تسمية كارديكس أو أيّة تسمية أخرى، وإتلاف كل المنتوج الدوائي كلوبيدوغرال سواء في حالته المعلبة أو غير المعلبة تحت تسمية كاربيكس، وسحب وإتلاف المنتوج كارديكس من موزعي الجملة المعتمدين لدى للمدعى عليها والصيدليات التي تسوق المنتوج لديها، وإلزام المدعى عليها بأداء مبلغ 5 ملايين دينار تعويضا عمّا لحق المدعية من خسارة وما فاتها من كسب، وإلزام المدعى عليها بأداء مبلغ 20 ألف دينار جزائري عن مصاريف الخبرة.

رفض ما زاد عن ذلك من طلبات، إلزام المدعى عليها بأداء مبلغ 5 آلاف دينار جزائري عن المصاريف القضائية والتي تساوي مصاريف الدعوى الأولى زائد مصاريف إعادة السير فيها.

وحيث أنّه تدعيما لطعنه أودع الطاعن بواسطة محاميه الأستاذة فراق فريدة عريضة للطعن بالنقض تتضمن ثلاث أوجه للطعن.

حيث أجاب الأستاذ جمال زرقة في حق المطعون ضدها وأودع مذكرة جواب مؤرخة في 2011/11/27 مفادها أن الطعن غير مؤسس ويرفض.

حيث أنّ الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو صحيح ومقبول شكلا.

عن الوجه التلقائي المثار من المحكمة العليا طبقا للمادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمأخوذ من عدم الاختصاص النوعي طبقا للمادة 03/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث يتبيّن من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه، وأنّ الطاعنة الشركة ذ م م جيوفارم استفادت من مقرر مسجل رقم 016 مؤرخ في 2009/01/06 والذي بموجبه منح وزير الصحة لها

رخصة استيراد وتغليف وتعبئة وبيع الدواء كارديكس المسجل بوزارة الصحة تحت رقم 159304 ج0806 ولمدة 5 سنوات من تاريخ المقرر.

حيث أن المطعون ضدّها رفعت هذه الدعوى ضد الطاعنة من أجل إلزامها بالامتناع عن صنع أو توضيب، وتغليف واستيراد وتسويق أو بيع أو عرض للبيع أو حيازة لهذه الأغراض منتوج كلوبيدوغرال هيدروجين سولفات متعدّد الأشكال رقم 02 المحمي ببراءة الاختراع رقم 2817 تحت رقم 159304 ج0806 بتسمية كارديكس أو أيّة تسمية أخرى تحت غرامة تهديدية قدرها 50 ألف دج.

حيث أنّ محكمة السانية فصلت في الدعوى بالحكم المؤرخ في 2011/02/28 قضت فيه ابتدائيا علنيا حضوريا بالمصادقة على الخبرة، وقبلت نتيجة لذلك طلبات المطعون ضدها، المدّعية الأصلية على أساس أن الخبرة توصلت إلى نتيجة أن المنتوجين لهما نفس الشكل والتركيب ونفس الاستعمالات العلاجية والاختلاف الوحيد هو السواغ على اعتبار أن الدواء كارديكس هو دواء جنيس.

حيث أنّ المحكمة أسست قضاءها على المادة 31 من المرسوم 93-17 المؤرخ في 1993/12/07 لثبوت التقليد والتعدي على براءة الاختراع.

حيث أنّه بعد استئناف الحكم من الطاعنة أصدر المجلس القرار محل الطعن بتأييد الحكم المستأنف على نفس الأساس.

حيث يتبيّن للمحكمة العليا من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أنهما لم يعطيا أيّ اعتبار قانوني للمقرر الوزاري الذي بموجبه تقوم الطاعنة بصناعة واستيراد وبيع وتوزيع المنتوج الصيدلاني المتنازع عليه، وقضيا بخلاف المقرر الذي منح للطاعنة ذلك الحق.

وحيث أن المقرر الذي تحوزه الطاعنة صادر عن سلطة إدارية هي وزارة الصحة، يؤول الاختصاص للقضاء الإداري بإلغائه طبقا للمادة 800 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولما أن القرار المنفذ لم يراع هذه القاعدة الجوهرية في الإجراءات يتعيّن القضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

حيث أنّه لم يبق من النقاط القانونية ما يمكن الفصل فيه وعملا بأحكام المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنّ الطعن بالنقض يكون بدون إحالة.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن بالنقض شكلا

وموضوعا بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 2011/06/05 وبدون إحالة، وبإبقاء المصاريف القضائية على المطعون ضدها. وأمرت بتبليغ هذا النص الكامل برمته إلى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب على هامش الأصل بواسطة كتابة الضبط.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن من شهر نوفمبر 2012 من قبل المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية والمتركبة من السادة:

ذيب عبد السلام..............................رئيس الغرفة

معلم إسماعيل...............................مستشارا مقررا

مجبر محمد.................................مستشارا

بعطوش حكيمة..............................مستشارة

كدروسي لحسن..............................مستشارا

بحضور السيدة صحراوي الطاهر مليكة.........المحامي العام

بمساعدة السيد سباك رمضان..................أمين الضبط

الفرع الثاني

التعليق على القرار

مقدمة

إن حقوق الملكية الصناعية هي تلك الحقوق المعترف بها لصالح شخص ما على نشاطاته الابتكارية ومنجزاته الفكرية المستعملة في الصناعة والتجارة، ومنها براءة الاختراع والتي هي شهادة يمنحها المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية لصاحب الاختراع تخول له الحق في احتكار استغلال اختراعه، وفيما يلي تعليق على قرار صادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا بتاريخ: 08-11-2012، رقم الملف: 813933، رقم الفهرس: 12/01153؛ بين شركتين تجاريتين تنشطان في المجال الصيدلاني، موضوعه دواء محمي ببراءة اختراع، و حيث تتطلب المنهجية العلمية في التعليق ما يلي:

I. تحليل القرار

1/ أطراف النزاع

- الشركة ذات المسؤولية المحدودة جيوفارم ضد شركة صانوفي أفنتس.

2/ الوقائع

- استفادة الشركة ذات المسؤولية المحدودة جيوفارم من مقرر مسجل ومؤرخ في 2009/01/06 صادر عن وزير الصحة يتضمن رخصة استيراد وتغليف وتعبئة وبيع الدواء كارديكس المسجل بوزارة الصحة تحت رقم 159304ج0806 لمدة خمس سنوات من تاريخ المقرر.
- حيازة شركة صانوفي أفنتس براءة اختراع لدواء كلوبيدوغرال مسجلة تحت رقم 2817، تسويق واستيراد وعرض للبيع وبيع وحيازة دواء كلوبيدوغرال تحت تسمية كارديكس من طرف جيوفارم.

3/ الإجراءات والحجج

- قيام شركة صانوفي برفع دعوى أمام القسم التجاري لمحكمة السانية بوهران ضد جيوفارم من أجل إلزامها بالامتناع عن تسويق دواء كلوبيدوغرال تحت أي تسمية، وحجتها في ذلك أن الدواء محمي ببراءة اختراع لصالحها.
- ادعاء جيوفارم بشرعية التسويق وحجتها في ذلك هي الاستفادة من ترخيص من وزارة الصحة.
- صدور حكم قضائي بتاريخ 2009/11/03 والقاضي بتعيين خبير قصد إثبات مدى تطابق الدوائين.
- صدور حكم من نفس الجهة بتاريخ 2011/02/28 قضى بإعادة السير في الدعوى والمصادقة على الخبرة ومنه الاستجابة لطلبات المدعية (صانوفي أفنتس).
- استئناف جيوفارم الحكم الصادر من محكمة السانية أمام مجلس قضاء وهران (الغرفة التجارية والبحرية) والذي قضى بتاريخ 2011/06/05 بتأييد الحكم المستأنف.
- رفع دعوى الطعن بالنقض أمام الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا من طرف شركة جيوفارم بتاريخ 2011/09/20.
- إيداع مذكرة جواب للطعن بالنقض من طرف شركة صانوفي أمام الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا بتاريخ 2011/11/27.
- صدور قرار قضائي من المحكمة العليا (الغرفة التجارية والبحرية) في 2012/11/08 قاضي بنقض وإبطال القرار المطعون فيه دون إحالة، على أساس أن شركة جيوفارم تحوز مقرر وزاري يسمح لها بتسويق الدواء وأن الاختصاص القضائي النوعي في إبطاله يؤول للقضاء الإداري. م800 ق إ ج. م. إ

4/ المشكل القانوني

- هل يحول المقرر الوزاري دون ممارسة الحق في رفع دعوى للمطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع؟

5/ الحل القانوني

نقض وإبطال القرار المطعون فيه دون إحالة، وذلك بإثارة الوجه التلقائي المتمثل في عدم الاختصاص النوعي. وأن الأصل هو إبطال المقرر الوزاري الذي تحوزه الطاعنة(جيوفارم) والذي يتيح لها تداول الدواء محل النزاع، واختصاص هذا يؤول للقضاء الإداري لا القضاء العادي، مع تحميل المطعون ضدها (صانوفي) المصاريف القضائية.

II. مناقشة القرار وتقويمه

إن مناقشة هذا القرار تتطلب بيان الأساس القانوني لممارسة الحق في رفع دعوى المطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع (أولا)، ثم الاختصاص القضائي في دعوى المطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع (ثانيا).

أولا: الأساس القانوني لممارسة الحق في رفع دعوى المطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع

إن الأساس القانوني لممارسة الحق في رفع دعوى المطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع هو الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق ببراءات الاختراع[(1)]، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: (يمكن أن تحمى بواسطة براءة الاختراع، الاختراعات الجديدة والناتجة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي، وأنه يمكن أن يتضمن الاختراع منتوجا أو طريقة).

وإذا كان النص المعتمد في القرار هو المرسوم التشريعي 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993 يتعلق بحماية الاختراعات[(2)]، فإنه ألغي بمقتضى الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع. هذا الأخير الذي نص على بقاء البراءات الصادرة في ظل المرسوم التشريعي 93-17 خاضعة لأحكامه. (المادة 64 من الأمر 03-07 المذكور آنفا).

(1) الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 23 جويلية 2003.

(2) المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993، يتعلق بحماية الاختراعات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 81، مؤرخة في 08 ديسمبر 1993. (ملغى).

وقد جاء في المادة 11 من الأمر 03-07 سالف الذكر: (في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا، يمنع الغير من القيام بصناعة المنتوج أو استعماله، أو بيعه، أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه).

وإذا كان حكم محكمة السانية بوهران وقرار مجلس قضاء وهران قد منعا صنع وتوظيب وتغليف واستيراد وإدخال للوطن واستغلال وتسويق وعرض للبيع وحيازة لهذا الغرض المنتوج كلوبيدوغرال المحمي ببراءة اختراع رقم 2817، فإن القانون ذهب إلى أبعد من ذلك حيث منع حتى استعمال نفس طريقة الصنع على اعتبار أن هذه الأخيرة مشمولة بالحماية بمقتضى البراءة، جاء في المادة 03/11 سالفة الذكر: (إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع، واستعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه).

أما عن استعمال الخبرة في إثبات التقليد فلا غبار عليه حيث جاء في المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء، من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة). وفي المادة 144 من نفس القانون: (يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة).

فضلا عن كل ما سبق، يرى البعض[1] أن القرار أغفل كثيرا من النصوص القانونية، وهو ما حدث بالفعل؛ منها المادة 27 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم[2]، والتي اعتبرت أن تقليد براءة الاختراع يدخل في الممارسات التجارية غير النزيهة.

---

[1] راجع: فريد بولعيش، في تعليقه على القرار المذكور، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، العدد01، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، مارس 2014، ص 385-389.

[2] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004. المعدّل والمتمّم.

وكذلك المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 30 أكتوبر 2008 المحدد لدفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري[1]، والتي جاء فيها: (يلتزم المستورد بما يأتي: باقتناء المنتجات الصيدلانية، والمستلزمات الطبية حصرا لدى المخابر المنتجة أو لدى ممثليها).

وعليه فإن جيوفارم مجبرة وبقوة القانون في حال اشتراء الدواء المتنازع عليه "كلوبيدوغرال" أن تشتريه من صانوفي.

يضاف إلى هذا وذاك مخالفة أحكام القرار الوزاري المؤرخ في 08 ماي 2011 المتعلق بمنع استيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري في الجزائر[2]، حيث جاء في مادته الأولى: (يهدف هذا القرار إلى منع استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري المصنعة في الجزائر). حيث بمراجعة المادة 02 والملحق في هذا القرار نجد أن "كلوبيدوغرال" ضمن القائمة تحت رقم 68 رمز 159 J 06

ثانيا: الاختصاص القضائي في دعوى المطالبة بحماية الدواء الحائز على براءة اختراع

يؤول الاختصاص إما للقضاء العادي أو القضاء الجزائي.

01/ بالنسبة للقضاء العادي

يؤول الاختصاص للأقطاب المتخصصة حسب المادة 07/32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : (تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في ... و منازعات الملكية الفكرية ...

تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة، والجهات التابعة لها عن طريق التنظيم).

---

(1) قرار مؤرخ في 30 أكتوبر 2008، يحدّد دفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70، مؤرخة في 14 ديسمبر 2008.

(2) قرار مؤرخ في 08 ماي 2011، يتعلق بمنع استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري المصنعة في الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 35، مؤرخة في 22 جوان 2011. وقد ألغى بدوره القرار الوزاري المؤرخ في 30 نوفمبر 2008، يتعلق بمنع استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري المصنعة في الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70، مؤرخة في 14 ديسمبر 2008.

وجاء في المادة 1063 من نفس القانون (تبقى قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي المنصوص عليها في المادة 40 (3 و4) من هذا القانون سارية المفعول إلى حين تنصيب الأقطاب المتخصصة.).

وبالرجوع للمادة 04/40 من ذات القانون نجدها تنص على أنه: (ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة دون سواها: 4- في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه ...).

وبمراجعة القرار المذكور أعلاه يظهر لنا أن محكمة السانية بوهران هي محكمة غير مختصة نوعيا، وإنما محكمة وهران أي محكمة مقر مجلس وهران هي المختصة وهو اختصاص نوعي من النظام العام. رغم ذلك لم يثره محامي المدعى عليها جيوفارم ولم تثره المحكمة من تلقاء نفسها.

02/ بالنسبة للقضاء الجزائي

يمكن أن ينعقد الاختصاص إلى القضاء الجزائي، جاء في المادة 61 من الأمر 03-07 السابق ذكره أعلاه (يعد كل عمل متعمد حسب المادة 56 أعلاه جنحة تقليد).

وبالرجوع إلى المادة 56 من نفس القانون نجدها تنص على أنه: (مع مراعاة المواد 12 و14 أعلاه يعتبر مساسا بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع كل عمل من الأعمال المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه دون موافقة صاحب البراءة).

وبالرجوع للمادة 11 من ذات القانون نجد أن الأعمال المقصودة في المادة 56 هي صناعة المنتوج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده دون موافقة المالك.

الخاتمة

إن الحكم بنقض القرار على أساس عدم الاختصاص النوعي استنادا إلى أن جيوفارم معها مقرر وزاري يرخص لها استيراد وتسويق وحيازة دواء كلوبيدوغرال، والقول أن الدعوى من المفروض أن تستهدف إلغاء مقرر وزير الصحة مما يعني اختصاص القضاء الإداري لا العادي هو رأي لا يخلو من نظر، إذ من شأنه أن يقطع الطريق على الشركة صانوفي في ممارسة حقها في رفع دعوى التقليد

المقررة أساسا لحماية براءة الاختراع. وهذا يجعلنا نتسائل عن جدوى قاعدة تدرج القوانين. حيث وقف المقرر الوزاري حائلا أمام الاستفادة من الحماية المقررة بموجب نصوص قانونية وتنظيمية.

فضلا عن ذلك فإن الأنظمة المعمول بها التي سبق بيانها أعلاه تفرض على جيوفارم أخذ الموافقة من صانوفي من أجل إضفاء شرعية على التسويق، وهي لم تقم بذلك بمعنى أنها أخطأت ابتداء والأصل هو اتباع قاعدة عدم جواز استفادة الشخص من خطئه أو غشه كما هو الحال في هذه القضية.

الفصل الثالث

منهجية تقديم الاستشارة القانونية

عندما يعلم الأهل والجيران والأصدقاء أنَّ الطالب يتابع دراسة الحقوق، فهم يوجهون إليه الأسئلة حول نزاع حصل أو قد يحصل معهم، ويطلبون منه رأيا أو نصيحة أو مشورة حول هذا النزاع. هذا الرأي أو النصيحة يسمَّى بالاستشارة القانونية[1].

وعليه تعدّ الاستشارة أقرب الاختبارات للواقع العملي؛ لأن الطالب يتعيّن عليه إيجاد حلّ قانوني لحالة تطبيقية ملموسة استنادا لجملة من الوقائع المعروضة عليه.

وبغية الوقوف عن كثب على منهجية تقديم الاستشارة القانونية؛ نتطرق للجانب النظري في منهجية تقديم الاستشارة القانونية (المبحث الأول)، ثم الجانب العملي في منهجية تقديم الاستشارة القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجانب النظري في منهجية تقديم الاستشارة القانونية

يقتضي الجانب النظري في منهجية تقديم الاستشارة القانونية؛ التطرق لمفهوم الاستشارة القانونية (المطلب الأول)، وحالات الاستشارة القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الاستشارة القانونية

الاستشارة في اللغة من فعل شاوَر: أي طلب الرأْي، وشاورته في كذا واستشرته راجعته لأرى رأيه فيه فأشار عليَّ بكذا؛ أراني ما عنده فيه من المصلحة[2]. ومنه قول الله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي

---

[1] صالح طليس، المرجع السابق، ص 227.

[2] أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 499. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 125.

الأَمْرِ﴾[1] والمستشار: العليم الذي يُؤْخذ رأْيه في أمر هام علميٍّ أو فنيٍّ أو سياسيٍّ أو قضائيٍّ أو نحوه[2].

يمكن تعريف الاستشارة بأنها: « معرفة واستكشاف حكم القانون في صدد مسألة معيّنة قد لا تكون محلّ نزاع، أو هي محله، أو يُحتمَل أن تكوّنه الاستشارة فيما بعد بالنسبة لطالبها الذي يريد معرفة رأي القانون مسبقا.»[3].

أو هي: « رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناءً على طلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانوني معيّن، فيعرض للمستشار العناصر الواقعية طالبا تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، فيسعفه المستشار بالرأي الذي يبيّن له الوضع القانوني من جميع جوانبه.»[4].

وعليه فمنهجية الاستشارة طريقة بيداغوجية تستعمل في حصص الأعمال الموجهة لتدريب الطالب على استعمال فكره ومعارفه استعمالا منطقيا وعلميا.

وهي وسيلة تربوية تسمح للطالب (أثناء دراسته وحتى بعد تخرجه) بحل المسائل القانونية التي تعرض عليه، والتي تواجه المجتمع أفراده وهيئاته.

إن الاستشارة قد تكون شفهية ويجب في مقدمها أن يكون فطنا وذكيا ومختصا في المجال. وقد تكون مكتوبة بحيث تشبه الخبرة في المنهج المتبع في إعدادها، إن هذا المنهج يخضع لرغبة صاحبه، إذ لا شكليات تحكمها، والقاعدة أن يلتزم المنهج العلمي بحيث يخضع تحريرها إلى قواعد علمية معينة تسهل للمخاطب بها (مستمعا أو قارئا) فردا أو شخصا معنويا الخروج بفكرة واضحة[5].

وللاستشارة طرفان: مستشير ومستشار، فأما المستشير فهو إما شخص طبيعي أو معنوي يريد استيضاح الوضع القانوني والآثار أو النتائج التي قد تترتب على أمر ما أو تتفرع عنه. وأما المستشار فهو رجل قانون دون أن يكون من الضروري أن تكون له صفة رسمية، فقد يكون محاميا أو قاضيا أو

(1) القرآن الكريم، سورة آل عمران، الآية 159.
(2) مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 499.
(3) علي مراح، المرجع السابق، ص 182.
(4) حلمي محمد الحجّار، راني حلمي الحجّار، المرجع السابق، ص 386.
(5) أنظر: عطاء الله بوحميدة، إرشادات في منهجية الاستشارة في المنازعات الإدارية (مع نماذج تطبيقية)، مطبوعة جامعية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008، ص 01.

موثقا أو محضرا قضائيا ولو متقاعدا، أو أستاذا جامعيا أو مجازا في الحقوق، وملما بالحقل القانوني. كما قد يكون أي واحد من طلبة القانون[1].

المطلب الثاني

حالات الاستشارة القانونية

مهمة المستشار هي بيان الرأي القانوني بخصوص المسألة المطروحة وما يقتضيه ذلك من تحديد النصوص القانونية التي تنطبق على هذه المسألة، وتثور الاستشارة بمناسبة عديد الحالات منها:

1- طلب البنك من مستشاره القانوني معرفة حكم القانون في المسائل التي تعرض عليه ليحدد له الوجه الصحيح الذي ينبغي أن يتصرف بمقتضاه حتى لا يتعرّض للمساءلة.

2- طلب الاستشارة لمعرفة حكم القانون بخصوص مسألة موضع نزاع أو يُحتمَل أن تكون محله في المستقبل وما يحتمله ذلك من عرض الأمر على القضاء، فيكون هدف الاستشارة معرفة حكم القانون بما يؤدي إلى ذلك من الوقوف على احتمالات صدور حكم لصالحه من عدمه.

3- وقد يطلب شخص الاستشارة حتى يكون على بصيرة عند تصرفه فلا يعرّض نفسه للمساءلة، أو الخسارة، أو لسد الثغرات التي يُحتمَل أن يستفيد منها من يتعاقد أو يتعامل معه[2].

4- قد يكون صاحب حق يريد معرفة السند القانوني لحقه والأصول والإجراءات التي يجب اتباعها للحصول على حقه أو المحافظة عليه.

5- كما قد يكون مدعى عليه، يريد معرفة موضوع الادعاء وسنده القانوني والوسائل التي يجب عليه اعتمادها للمحافظة على حقوقه.

6- قد يكون متهما يريد تهيئة دفاعه لردّ الادّعاء عنه وإسقاط الملاحقة بحقه، أو التخفيف من وقعها على شخصه وماله[3].

---

[1] أنظر: صالح طليس، المرجع السابق، ص 228.

[2] علي مراح، المرجع السابق، ص 183-184.

[3] صالح طليس، المرجع السابق، ص 229.

المبحث الثاني

الجانب العملي في منهجية تقديم الاستشارة القانونية

لا تنفرد منهجية الاستشارة القانونية بشكل موحد؛ بل هناك عدّة أشكال شأنها في ذلك شأن منهجية تحليل نصوص المواد القانونية (تحليل القاعدة القانونية) ومنهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي.

غير أننا نعمد في كل مرة إلى اختيار ما نراه النموذج الأبسط من بين تلك المنهجيات المتعددة. وعموما يمكن القول إن منهجية تقديم الاستشارة القانونية تظل أقل شكلية بالمقارنة مع منهجية تحليل نص المادة (تحليل القاعدة القانونية) ومنهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي.

ولتبيان الجانب العملي في منهجية تقديم الاستشارة القانونية؛ نتطرق للمراحل العملية في منهجية تقديم الاستشارة القانونية (المطلب الأول)، مثال تطبيقي عن تقديم الاستشارة القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المراحل العملية في منهجية تقديم الاستشارة القانونية

تمر عملية تقديم الاستشارة القانونية من الناحية المنهجية بمرحلتين أساسيتين هما: المعطيات (الفرع الأول)، الإجابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعطيـــات

وتعد هذه هي المرحلة الأولى. وتدرج فيها الوقائع والإجراءات ومنهما تستخلص وتستنتج المسائل القانونية. على النحو التالي:

أولا: الوقائع

يُقصد بالوقائع كل الأحداث القانونية والمادية التي أدت إلى نشوء النزاع، مثل: إبرام عقد، التعدي على قطعة أرضية بالبناء، الضرب، قرار غلق محل تجاري، قرار فصل عامل أو موظف .... إلخ.

ويلتزم الطالب في إيراده للوقائع بالتزامين رئيسيين هما: ترتيب الوقائع ترتيبا زمنيا؛ والاكتفاء بذكر الوقائع المنتجة في النزاع، أي استبعاد الوقائع الثانوية.

ثانيا: الإجراءات

الشائع أن تطلب الاستشارة قبل اللجوء إلى القضاء؛ ذلك أن لجوء المستشير للقضاء من عدمه يتوقف على نتيجة الاستشارة ووقوفه على مدى احتمالية صدور حكم لصالحه من عدمه. ولذلك إذا لم تتخد أي إجراءات اكتفى الطالب بذكر الوقائع والمسائل القانونية في هذه المرحلة (المعطيات).

فإذا تم اتخاذ أي إجراء وجب ذكره، كل ما اتخذه المستشير حماية لحقه كالشكوى، أو التظلم، أو طلب إجراء معاينة عن طريق المحضر القضائي، أو طلب تقرير خبرة عقارية أو طبية أو نحو ذلك من خبير معتمد لدى الجهات القضائية، ...إلخ، ويراعى في إيراد تلك الإجراءات ترتيبها زمنيا.

ثالثا: المسائل القانونية

تُستخرج المسائل القانونية من عناصر الاستشارة (الوقائع والإجراءات)، ويجب حصرها والإلمام بها كاملة ومثال ذلك:

- ما طبيعة النزاع القائم بين ... وبين ...؟
- هل التظلم وجوبي في النزاع القائم بين ... وبين ...؟
- ما هي الدعوى الملائمة؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة؟[1]

(1) عطاء الله بوحميدة، إرشادات في منهجية الاستشارة في المنازعات الإدارية (مع نماذج تطبيقية)، المرجع السابق، ص 02-03.

الفرع الثاني

الإجـــابـة

المرحلة الثانية هي الإجابة، وتقسّم عمليا إلى فقرات تخصص كل فقرة لمسألة قانونية من المسائل المطروحة سالفا على النحو التالي:

أولا: الفقرة الأولى: فيما يخص طبيعة النزاع

1- **الوقائع:** تذكر هنا الوقائع التي لها علاقة بهذه المسألة والفقرة مع إحترام ترتيبها الزمني

2- **السؤال القانوني:** وهنا تطرح المسألة القانونية ذات الصلة بالفقرة في شكل سؤال واحد، وقد تكون هناك أسئلة فرعية، كما لو كان التساؤل الأصلي هو عن الجهة القضائية المختصة وكانت التساؤلات الفرعية حول الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي.

3- **الحل القانوني:** وهنا يعطي الطالب الحل انطلاقا من النصوص القانونية أو الاجتهاد القضائي، وإذا كان للمسألة أكثر من حل فهنا نكون بصدد فرضيتين: الأولى؛ أن يكون هناك حل راجح على حل آخر، وفي هذه الحالة يقوم الطالب ببيان الحل الراجح مع الإشارة للحلول الأخرى وتبرير عدم اعتمادها. والثانية؛ أن يكون هناك أكثر من حل للتساؤل المطروح فهنا يقوم الطالب بعرض كل حل مع تقديم تبريره القانوني وإعطاء تقديره الخاص لدرجة نجاح كل حل في تسوية الإشكال القانوني. وبطبيعة الحال أي حل لا يوافقه تبرير لا قيمة له[1].

ثانيا: الفقرة الثانية: فيما يخص الدعوى الملائمة

1- **الوقائع:** ....

2- **السؤال القانوني:** ....

3- **الحل القانوني:** ....

---

[1] وزارة العدل، دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، 2010، ص 09.

الفرع الثالث

حوصلة

وهي تجميع للحلول التي تم التوصل إليها في كل فقرة وتقديمها لطالب الاستشارة في شكل نصيحة؛ ذلك أن طالب الاستشارة لا تهمه المنهجية، ولا حتى النصوص القانونية، والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، بقدر ما يهمه الحل المباشر والرأي الراجح في نظر المستشار.

المطلب الثاني

مثال تطبيقي عن تقديم الاستشارة القانونية

يُقال: بالمثال يتضح المقال، وعليه؛ واستنادا لهذا القول نتطرق من خلال هذا المطلب لمثال تطبيقي عن تقديم الاستشارة القانونية في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

نص الاستشارة

باعتبارك مختصا في القانون؛ قدمت إليك السيدة: "ف – عائشة" وأخبرتك أنها متزوجة منذ أكثر من ثلاث سنوات من السيد "ع – بلال" وأن العشرة معه باتت مستحيلة بسبب الشقاق المستمر بينهما؛ وبالنظر للإهانة والضرب الذين تتعرض لهما في كل وقت وحين فإنها تريد اللجوء للقضاء المختص من أجل فك الرابطة الزوجية على نحو لا يرهق كاهلها ماديا.

كما أعلمتك أن سنوات الزواج تلك نجم عنها ميلاد بنت وحيدة هي: "أميمة" بعمر سنتين تقريبا؛ وأن سبب تأجيلها لإنهاء الرابطة الزوجية هو خوفها من خسارة حضانة ابنتها. وفي الأخير أفصحت لك عن رغبة زوجها في رفع دعوى اللعان لإسقاط النسب عن ابنتها إذا ماهي لجأت للقضاء طالبة فك الرابطة الزوجية مع إسناد الحضانة.

قدّم للسيدة "ف – عائشة" استشارة قانونية في ذلك؛ متقيدا بالضوابط المنهجية والقواعد العلمية في إعداد الاستشارة القانونية.

الفرع الثاني

الحـــل

I. **المعطيـات:** يمكن إيجاز معطيات الاستشارة فيما يلي:

1- الوقائع

- عقد زواج يجمع السيدة ف – عائشة بالسيد ع – بلال مدته ثلاث سنوات.
- ثمرة الزواج بنت واحدة هي "أميمة" بعمر سنتين.
- شقاق مستمر مع الزوج؛ مع الإهانة والضرب في كل وقت وحين.

2- الإجراءات

- لم تباشر إجراءات قانونية من أي طرف، سوى طلب السيدة ف – عائشة لاستشارة قانونية لتكون هذه الأخيرة أساسا لرفع دعوى قضائية تنهي علاقة الزوجية القائمة منذ ثلاث سنوات.

3- المسائل القانونية

- ماهي الدعوى الملائمة لإنهاء الرابطة الزوجية بالنسبة للسيدة ف – عائشة؟
- ماهي الجهة القضائية المختصة؟
- ماهي الأسانيد القانونية التي تبدد مخاوف السيدة ف – عائشة من فقدان حضانة ابنتها؟
- هل يحق للزوج ع – بلال رفع دعوى اللعان لنفي نسب ابنته "أميمة"؟

II. **الإجـــابــة**

1- الفقرة الأولى: فيما يخص الدعوى الملائمة لإنهاء الرابطة الزوجية بالنسبة للسيدة ف – عائشة.

- **الوقائع:** الضرب والإهانة والشقاق المستمر في الحياة الزوجية، ورغبة السيدة ف – عائشة في إنهاء الرابطة الزوجية على نحو لا يرهق كاهلها ماديا.
- **السؤال القانوني:** ماهي الدعوى الملائمة لإنهاء الرابطة الزوجية بالنسبة للسيدة ف – عائشة؟

- **الحل القانوني:** رفع دعوى التطليق استنادا للمادة 08/53 من قانون الأسرة[1] والتي نصت على أنه: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...الشقاق المستمر بين الزوجين...)، مع المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها استنادا للمادة 53 مكرر من نفس القانون. والتي جاء فيها: (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.).

2- الفقرة الثانية: فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة.

- **الوقائع:** دعوى التطليق
- **السؤال القانوني:** ماهي الجهة القضائية المختصة؟
- **الحل القانوني:** قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية طبقا للمادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- الفقرة الثالثة: فيما يخص الأسانيد القانونية التي تبدد مخاوف السيدة ف – عائشة من فقدان خضانة ابنتها.

- **الوقائع:** تأجيل السيدة ف – عائشة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية خوفا من خسارة حضانة ابنتها
- **السؤال القانوني:** ماهي الأسانيد القانونية التي تبدد مخاوف السيدة ف – عائشة من فقدان حضانة ابنتها؟
- **الحل القانوني:** لا ينبغي للسيدة ف – عائشة الخوف من فقدان الحضانة فالمادة 64 من قانون الأسرة نصت على أن: (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك...)، وعليه فالحضانة للأم ولا تسقط عنها إلا بسبب شرعي، وهي مجمل الأسباب المنصوص عليها في المواد من 65 إلى 70 من قانون الأسرة. وهي غير متوفرة في قضية الحال.

4- الفقرة الرابعة: فيما يخص مدى حق الزوج في رفع دعوى نفي نسب ابنته "أميمة".

---

(1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984. المعدَّل والمتمَّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

- **الوقائع:** تهديد الزوج ع – بلال لزوجته السيدة ف – عائشة بنفي نسب ابنتهما عن طريق دعوى اللعان.
- **السؤال القانوني:** هل يحق للزوج ع – بلال رفع دعوى اللعان لنفي نسب ابنته "أميمة"؟
- **الحل القانوني:** إن مدة اللعان حسب ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل. وعليه فإن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. وعليه فإن دعوى اللعان في قضية الحال انقضى أجلها ونسب البنت "أميمة" ثابت بالفراش والزواج الصحيح والإقرار دلّ على ذلك سنها الذي بلغ السنتين.

III. حـوصـلـة

إن الدعوى الملائمة لإنهاء الرابطة الزوجية بالنسبة للسيدة ف – عائشة هي دعوى التطليق بحسب المادة 08/53 من قانون الأسرة، مع جواز المطالبة بالتعويض بحسب المادة 53 مكرر من ذات القانون. وهي دعوى يختص بنظرها قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية طبقا للمادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أنه لا خوف من فقد السيدة ف – عائشة للحضانة لأن الأم أولى بحضانة ولدها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة ولا تسقط عنها إلا بسبب شرعي من الأسباب الواردة بالمواد من 65 إلى 70 من نفس القانون. وبالمثل نقول إنه لا خوف من دعوى اللعان لنفي نسب البنت "أميمة" لانقضاء أجلها وهو أسبوع من رؤية الزنا أو العلم بالحمل أو الوضع وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا.

الخاتمة

لمنهجية البحث العلمي أهمية بالغة في ميدان العلوم القانونية؛ لاسيما منها منهجية تحليل النصوص القانونية، فهي وسيلة مثلى لترسيخ المعلومات النظرية في أذهان الطلبة وتمرينهم على التفكير القانوني وحل القضايا.

وإذا كان للنص القانوني مفهومان أحدهما ضيق يقصر النص القانوني على ثلاث هي: القاعدة القانونية، الحكم أو القرار القضائي، الاستشارة القانونية، والآخر واسع يضيف لما سبق ذكره: النص المقتبس من كتاب قانوني، تقرير نهاية التربص، المذكرة الاستخلاصية ... إلخ.

فإننا اقتصرنا على المفهوم الضيق في مؤلفنا هذا، من خلال ثلاث فصول: الأول؛ لمنهجية تحليل القاعدة القانونية (تحليل نص المادة)، والثاني؛ لمنهجية التعليق على الحكم أو القرار القضائي، والثالث؛ لمنهجية تقديم الاستشارة القانونية. مركزين في كل فصل على توضيح الجانب النظري والجانب العملي من خلال الأمثلة التطبيقية؛ ذلك أنه بالمثال يتضح المقال.

وفي هذا المقام نعيد التذكير بما سبق وأن أوردناه أعلاه؛ وهو أن الطرق المعتمدة في منهجية تحليل النصوص القانونية متعددة، لكننا اخترنا تلك التي نراها طرقا مبسطة. راجين أن تلقى القبول عند الطلبة وأن يجدوا فيها اليسر والسهولة. والله ولي التوفيق.

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانيا: الكتب

01- ابن المنظور، لسان العرب، بدون طبعة، دار المعارف، مصر – القاهرة، 1981.

02- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، الأردن – عمّان، بدون سنة نشر.

03- أبو عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، جامع بيان العلم وفضله، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، السعودية، 1994.

04- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، بدون سنة نشر.

05- أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015

06- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، بدون طبعة، مكتبة لبنان، لبنان – بيروت، 1987.

07- أكلي تومي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، بدون طبعة، دار برتي، الجزائر، بدون سنة نشر.

08- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، الجزء الأول (الأحكام العامة للشركة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2008.

09- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر – الإسكندرية، 2005.

10- حلمي محمد الحجّار، راني حلمي الحجّار، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2010.

11- سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص (دراسة في التماسك النصي)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر – القاهرة، 2010.

12- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، مصر – القاهرة، 2011.

13- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، 1974.

14- صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.

15- صغيّر بن محمد الصغيّر، ضوابط في صياغة وسن القوانين، الطبعة الأولى، دار الألوكة للنشر، المملكة العربية السعودية – الرياض، 2017.

16- عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله (تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني)، الطبعة الأولى، دار الشروق، فلسطين – رام الله، 2012.

17- عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة، المغرب – مراكش، 2005.

18- عبد اللطيف محمد عامر، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1998.

19- عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، الطبعة الثانية، دار النمير، سوريا – دمشق، 2004.

20- عطاء الله بوحميدة، النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.

21- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر – الإسكندرية، 2015.

22- علي مراح، منهجية التفكير القانوني (نظريا وعمليا)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

23- عمار بوحوش، دليل الباحث في المنهجية وكتابة الرسائل الجامعية، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

24- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، دار جسور، الجزائر، 2007.

25- فرانتز روزنتال، ترجمة: أنيس فريحة، مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي، بدون طبعة، دار الثقافة، لبنان – بيروت، 1961.

26- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

27- محمد بابا عمي، مقاربة في فهم البحث العلمي، الطبعة الأولى، دار وحي القلم، سوريا – دمشق، 2014.

28- محمد بكر نوفل، فريال محمد أبو عواد، التفكير والبحث العلمي، الطبعة الأولى، دار المسيرة، الأردن – عمّان، 2010.

29- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت، 2010.

30- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي)، بدون طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق – بغداد، 1982.

31- محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1998.

32- محمود محمد علي صبرة، الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين، بدون طبعة، بدون ناشر، مصر – الجيزة، 2009.

33- ميلود بن حوحو، شركات الرأسمال الاستثماري كبديل للتمويل المصرفي (دراسة مقارنة بنظام المشاركة في الفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الأيام، الأردن – عمّان، 2021.

34- وزارة العدل، دليل توجيهي للمترشحين لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، 2010.

35- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار الفكر، سوريا – دمشق، 1985.

ثالثا: البحوث المنشورة

01- رشاد توام، "الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطا بحق المؤلف"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي حول: "استشراف مستقبل الدراسات العليا في فلسطين"، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

02- طاهري بلخير، "مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد السادس عشر، جامعة وهران 1، الجزائر، ماي 2012.

03- عادل يوسف الشكري، "كيفية كتابة البحث العلمي القانوني والتعليق على النصوص القانونية والقرارات القضائية"، مجلة الكوفة، العدد 16، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

04- عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، "تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين"، ورقة بحثية، بدون ناشر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

05- عبد العزيز بوخرص، "نحو إعادة صياغة نص المادة 416 من القانون المدني"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد 03، العدد 15، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين، ماي 2019.

06- عدنان أحمد مسلّم، "أزمة المصطلح في العلوم الإنسانية والاجتماعية"، مجلة المعرفة، العدد 424، وزارة الثقافة، سوريا – دمشق، 1999.

07- غني ناصر حسين القريشي، "مفهوم الثقافة وخصائصها"، مقال بالموقع الرسمي لجامعة بابل، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 20-03-2020، وهو متاح على الرابط الآتي:
http://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/lecture.aspx?fid=8&depid=3&lcid=11333

08- فريد بولعيش، "تعليق على قرار قضائي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، العدد01، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، مارس 2014.

09- محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، سوريا – دمشق، 2009.

10- ميلود مهملي، "طرق الطعن في المادة المدنية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، بحث مقدم للملتقى حول: "قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر – المسيلة، يومي: 06 و07 ماي 2009.

رابعا: الأطروحات والرسائل العلمية

01- مختار دويني، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.

خامسا: المطبوعات الجامعية

01- عطاء الله بوحميدة، إرشادات في منهجية الاستشارة في المنازعات الإدارية (مع نماذج تطبيقية)، مطبوعة جامعية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008.

02- نبيل مسيعد، مناهج البحث، مطبوعة جامعية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية – قسم الفلسفة، جامعة عنابة، بدون سنة.

03- وردة خلاف، محاضرات في مادة منهجية العلوم القانونية، مطبوعة جامعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2016.

سادسا: النصوص القانونية

01- دستور الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدّل بـ: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 25، مؤرخة في 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63، مؤرخة في 26 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، مؤرخة في 07 مارس 2016. والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

02- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، مؤرخة في 01 جوان 1998. المعدّل والمتمم.

03- القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، مؤرخة في 31 جويلية 2011.

04- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، مؤرخة في 10 جوان 1966، المعدّل والمتمّم.

05- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم.

06- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 77، مؤرخة في 11 ديسمبر 1996. المعدّل والمتمّم.

07- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984. المعدَّل والمتمَّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

08- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 18 أفريل 1990، المعدّل والمتمّم. (ملغى).

09- المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993، يتعلق بحماية الاختراعات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 81، مؤرخة في 08 ديسمبر 1993. (ملغى).

10- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 23 جويلية 2003.

11- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003. المعدّل والمتمّم.

12- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004. المعدّل والمتمّم.

13- القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، مؤرخة في 09 فيفري 2005. المعدّل والمتمّم.

14- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، مؤرخة في 21 أفريل 2008.

15- المرسوم التنفيذي رقم 01-413 المؤرخ في 19 ديسمبر 2001، يتضمن إنشاء مجلة مجلس الدولة وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 19 ديسمبر 2001.

16- المرسوم التنفيذي رقم 12-268 المؤرخ في 23 جوان 2012، يحدد شروط وكيفيات نشر القرارات والتعليقات والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39، مؤرخة في 01 جويلية 2012.

17- قرار مؤرخ في 30 أكتوبر 2008، يحدّد دفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70، مؤرخة في 14 ديسمبر 2008.

18- قرار مؤرخ في 30 نوفمبر 2008، يتعلق بمنع استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري المصنعة في الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70، مؤرخة في 14 ديسمبر 2008. (ملغى).

19- قرار مؤرخ في 08 ماي 2011، يتعلق بمنع استيراد المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري المصنعة في الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 35، مؤرخة في 22 جوان 2011.

20- قرار رقم: 933 مؤرخ في 28 جويلية 2016، صادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها. (ملغى).

21- قرار رقم: 1082 مؤرخ في 27 ديسمبر 2020، صادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.

سابعا: مراجع باللغة الفرنسية

01- Assie Guy Roger, Kouassi Roland Raoul, Cours D'initiation a la Methodologie de Recherche, Ecole Pratique de la Chambre de Commerce et D'industrie, Cote d'Ivoire - Abidjan, Sans date.

02- Boris Barraud, « La méthodologie juridique », in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016.

03- Boris Barraud, La recherche juridique : Introduction et conclusion, La recherche juridique - Sciences et pensées du droit, L'Harmattan, 2016

04- Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 14e édition, Sirey, France, 2012.

05- Droit civil français: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006444041/1985-07-13

الفهرس